

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n° 92-597 du 1^{er} juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



THÈSE



En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITE DE TOULOUSE

Délivré par l'Université Toulouse Capitole

École doctorale : **Droit et Science Politique**

Présentée et soutenue par

Mahmoud ELSEHLY

le 27/11/2018

**Titre: La période précontractuelle:
Étude comparée des régimes français et égyptien**

Discipline : **Droit**

Spécialité : **Droit Privé et Sciences Criminelles**

Unité de recherche : **IDP (EA 1920)**

Directeur de thèse : M. Jérôme JULIEN, Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole

JURY

Rapporteurs Mme Sandrine CHASSAGNARD-PINET, Professeur à l'Université Lille 2
Mme Muriel REBOURG, Professeur à l'Université Bretagne Occidentale

Suffragants M. Hugues KENFACK, Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole

À la mémoire de mon père qui rêvait de ce moment.

« L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat ».

« Soldats, songez que, du haut de ces pyramides, quarante siècles vous contemplent ! ».
Napoléon Bonaparte dans son discours à l'armée d'Égypte, 21 juillet
1798.

REMERCIEMENTS

Mes remerciements vont en premier lieu à Monsieur le professeur Jérôme JULIEN pour la confiance qu'il m'a toujours témoigné, pour ses patientes relectures, pour ses conseils, pour ses qualités scientifiques, pédagogiques et humaines, pour son aide précieuse tout au long de ces années passées sous sa direction.

J'exprime ma sincère gratitude et mes plus vifs remerciements à Madame le Professeur Muriel REBOURG et Madame le professeur Sandrine CHASSAGNARD-PINET qui m'ont fait l'honneur d'être rapporteurs de cette thèse. Je remercie également le doyen Hugues KENFACK pour avoir bien voulu porter une appréciation sur ce travail et participer à ce jury de soutenance.

Je tiens bien évidemment à remercier tous les professeurs de l'Université de Toulouse et de l'Université d'Alexandrie pour leur aide et leur soutien. Je tiens à remercier plus particulièrement le doyen Mohamed Hassan KASSAM le père spirituel de ce travail.

Je voudrais remercier l'Égypte de m'avoir fourni un soutien financier et moral durant ces années et d'attendre mon retour afin de compléter le chemin de construction juridique pour les fils de la faculté de droit de l'université d'Alexandrie.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. Joly	Société Bulletin Joly Sociétés
CA	Cour d'appel
CE	Conseil d'État
Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. Ass. plén.	Cour de cassation, Assemblée plénière
1 ^{re} ch. civ.,	Première chambre civile de la Cour de cassation
2 ^e ch. civ.,	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
3 ^e ch. civ.,	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
D.	Dalloz
Défrénois	Répertoire du notariat Défrénois
€	Euro
éd.	Édition
Gaz. Pal.	La Gazette du Palais
Infra	Plus bas, ci-dessous
JCP E	Semaine Juridique, édition Entreprise et Affaires
JCP G	Semaine Juridique, édition Générale
JCP N	Semaine juridique, édition Notariale et Immobilière
JO	Journal officiel
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches (Lextenso)
n°	Numéro
op. cit.	Ouvrage précité
p.	Page(s)
PUF	Presses Universitaires de France
RDC	Revue des contrats
RDI	Revue de Droit Immobilier
Rec.	Recueil
Rev. DIP	Revue de droit international privé
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RLDA	Revue Lamy Droit des Affaires

RLDC	Revue Lamy Droit Civil
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Suivants
Supra	Plus haut, ci-dessus
t.	Tome
V.	Voir

SOMMAIRE

Partie 1. Les négociations précontractuelles en droit français et égyptien

Titre 1. Vers la codification de la phase de négociations précontractuelles

Chapitre 1. La détermination des négociations précontractuelles

Chapitre 2. Les droits et les obligations régulant les négociations précontractuelles

Titre 2. La responsabilité précontractuelle à la suite de la rupture des négociations précontractuelles

Chapitre 1. La controverse quant à la nature de la responsabilité précontractuelle

Chapitre 2. Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité précontractuelle

Partie 2. Les contrats préparatoires en droit français et égyptien

Titre 1. L'identification du contrat préparatoire

Chapitre 1. La détermination de la notion de contrats préparatoires

Chapitre 2. La formation du contrat préparatoire

Titre 2. L'analyse des principaux types des contrats préparatoires

Chapitre 1. Le pacte de préférence

Chapitre 2. Les promesses de contrat

INTRODUCTION

1. Le rapprochement entre le droit français et le droit égyptien

1. L'Égypte est devenue un pays islamique en 640 grâce au Général musulman Amr Ibn Al-AAS. Depuis lors, l'État égyptien est régi par les règles de la loi islamique concernant toutes les questions de la vie quotidienne. Mais il respecte les droits des égyptiens non musulmans (les Juifs et les Chrétiens) en particulier en ce qui concerne leurs questions religieuses et familiales. Plus tard, la fonction du juge était de mettre en application la loi islamique, qui a deux sources : le Coran et la Sunna. Le Coran est le livre sacré de l'Islam, car c'est la parole de Dieu unique, ce livre contient de nombreux versets qui régissent la vie quotidienne des musulmans. Le Coran constitue donc la première source législative de la loi islamique et il est suivi par la Sunna du prophète Mohamed (tradition). La Sunna représente les enseignements, les commandements, les instructions, les actions, les paroles du prophète Mohamed, qui doivent être suivies et appliquées par les croyants dans toutes leurs affaires quotidiennes. La Sunna est donc la deuxième source de législation islamique. Par conséquent, les musulmans doivent respecter et appliquer la loi islamique. Mais, en même temps la loi islamique n'empêche pas les musulmans d'organiser leurs affaires sur des sujets qui n'ont pas été traités ou organiser dans la loi islamique, de manière à ne pas contredire les principes généraux de la loi islamique. C'est ainsi que sont nées les écoles doctrinales et juridiques islamiques¹, qui pour des raisons géographiques, politiques, et historiques sont divisées : les quatre écoles sunnites qui portent les noms de leurs fondateurs : l'école hanafite, fondée par Abo-Hanifah (767), l'école malékite, fondée par Malik (795), l'école shafaite ont été fondées par Al-Shafei (820) et l'école hanbalite, fondée par Ibn-Hanbal (855). Les écoles chiites, dont l'école jaafarite, fondée par Jaafar Al-Sadaq (765), l'école zaydite, fondée par Zayd Ibn-Ali (740) et l'école ibadite, fondée par Abdallah Ibn-Ibad (705).

¹ Ces écoles continuent encore aujourd'hui à exister.

2. Après l'occupation ottomane de l'Égypte, la doctrine hanafite est devenue la doctrine officielle de l'État égyptien. Durant tout ce temps, la jurisprudence en Égypte reposait sur les ouvrages des auteurs musulmans hanafites, leurs commentaires et les écrits des opinions des religieux, car il n'existe pas de lois codifiées à la façon des législations modernes. Mais comme l'école hanafite comportait aussi des vues différentes et opinions divergentes sur la même question qui menaçaient la stabilité juridique, l'Empire ottoman a promulgué en 1876 le Code civil de l'Empire dit : « *Majallat Al-ahkam Al Aadliyyah* ». Cependant, les dispositions de *Majallat Al-ahkam Al Aadliyyah* ne sont pas appliquées en Égypte pour des raisons politiques. Ceci avait facilité la pénétration des codifications occidentales dans le système juridique égyptien². Le Khédive Ismail³ en 1875 a établi des tribunaux mixtes⁴ qui ont utilisé la langue française et qui ont appliqué six codes dérivés des codes français⁵ (le Code civil, le Code pénal, le Code d'instruction criminelle, le Code de commerce, le Code de commerce maritime et le Code de procédure civile et commerciale)⁶. Le juriste français Maunoury qui vivait à Alexandrie était chargé de la rédaction de ces codes, n'a pas inspiré uniquement le droit français mais aussi le droit italien, le droit belge et le droit islamique⁷. En 1883, un an après l'occupation britannique de l'Égypte, les tribunaux mixtes ont été remplacés par des tribunaux nationaux, compétents pour régler tous les différends civils et commerciaux entre les égyptiens. Ces tribunaux avaient leurs propres Codes inspirés par les Codes mixtes. Ces Codes ont d'abord été rédigés en français puis traduits en arabe. La question est de savoir comment le droit français a pu continuer à être la source du droit égyptien sous le régime colonial britannique ?

² Amir SHISHI, *La théorie de la contrainte du droit musulman au droit égyptien*, Thèse, Toulouse1, 2011, p.34.

³ Le gouverneur de l'Égypte sous l'Empire ottoman pendant la période 1863-1879.

⁴ Ces tribunaux ont été nommés mixtes, car leurs juges étaient français et compétents pour régler les litiges entre les étrangers ou entre les étrangers et les égyptiens.

⁵ Jean-Marc MOUSSERON, *La réception au Proche-Orient du droit français des obligations*, RIDC, 1968, p.39.

⁶ Jan GOLDCERG, *Réception du droit français sous les britanniques en Égypte : un paradoxe ?* Ruvue Égypte-Monde Arabe n°34, CEDEJ (Centre d'études et de documentation économiques juridiques et sociales), 1998, p.2.

⁷ *Ibid.*, p.2.

Lord Cromer, le consul britannique en Égypte, a répondu à cette question en expliquant pourquoi l'Égypte n'a pas été inspirée par la loi anglaise dans ses codes. Il affirme que « *le droit et la procédure français avaient déjà pris racine en Égypte. Les Codes utilisés par les tribunaux mixtes étaient français. Tous les jeunes égyptiens qui avaient reçu une formation juridique avaient suivi des études en France. Il était de ce fait inévitable que les nouveaux tribunaux s'inspirent d'un modèle français plutôt qu'anglais* »⁸. Cette situation prévaudra jusqu'à ce que l'Égypte acquière une indépendance complète de la Grande-Bretagne en 1922. L'Égypte voulait compléter cette indépendance militaire par une indépendance législative en émettant des Codes nationaux égyptiens. Le législateur égyptien a réalisé que son héritage classique ne suffisait pas à suivre les développements modernes. Il était donc nécessaire de s'inspirer des Codes occidentaux les plus avancés et modernes⁹. Parmi ces Codes, les rédacteurs du Code civil égyptien ont préféré se référer au Code civil français¹⁰. Ainsi, le législateur égyptien ne voulait pas s'inspirer du système allemand fermé, ni anglo-saxon (trop jurisprudentiel et spécial). À cet égard, les rédacteurs du Code civil égyptien ont eu recours à environ une vingtaine de Codes civils en vigueur à l'époque¹¹. Dans cette pluralité des Codes civilistes, la part du Code civil français paraît la plus notoire. Ceci signifie que, le législateur égyptien était plus libre de choisir, mais il s'est retourné vers la France pour plusieurs raisons : le rapprochement législatif existait déjà (les Codes mixtes et les Codes nationaux) ; les juges égyptiens ont été influencés par le droit français qui a été appliqué dans les tribunaux égyptiens pendant de nombreuses années¹² ; les bourses d'études pour les étudiants égyptiens afin de poursuivre leurs études dans les universités françaises. Il semble que l'emprunt du Code civil français n'est nullement dû à la colonisation mais plutôt à la simplicité, la

⁸ Jan GOLDCERG, *Réception du droit français sous les britanniques en Égypte : un paradoxe ?* *op.cit.*, p.2.

⁹ Recueil des travaux préparatoires du Code civil égyptien, tome 1, Le Caire, Ministère de la Justice, Dar Al-kitab Al-Arabi, 1950, p.29.

¹⁰ Le législateur égyptien a assigné à cette tâche nationale (d'élaboration du Code civil) deux personnages juridiques éminentes Al Sanhoury et Édouard Lambert.

¹¹ Recueil des travaux préparatoires du Code civil égyptien, *op.cit.*, p.17.

¹² Mazin GALAL SAYED, *Le pacte d'actionnaires en droit égyptien sous le prisme du droit français*, Thèse, Lyon 2, 2016, p.9.

concision, la flexibilité, la clarté, l'authenticité, la profondeur, et l'adaptation aux théories juridiques les plus modernes¹³. Les rédacteurs du Code civil ont confirmé que les textes des Codes civils étrangers intégrés dans le Code civil égyptien devenaient indépendants de leurs sources d'origine. Par conséquent, le Code civil égyptien est complètement national¹⁴. Cette clarification revêt une importance juridique et politique pour le Code civil égyptien, puisque l'Égypte a cherché à rétablir son autorité législative et judiciaire sur le territoire égyptien occupé par la Grande-Bretagne et la France.

3. Le Code civil égyptien est composé de 1149 articles et a été promulgué en langue arabe et en langue française le 16 juillet 1948, et il est entré en vigueur le 15 octobre 1949. Ce Code a remplacé deux autres codes : le Code civil mixte et national, il est toujours en vigueur aujourd'hui¹⁵. On peut noter à quel point le Code civil égyptien a été influencé et calqué par son homologue français de 1804 sur le niveau de fond et de forme¹⁶. De manière générale, le Code civil égyptien est « *resté dans sa structure et ses concepts fondamentaux, fidèle à la technique juridique française* »¹⁷. Sur la forme, le Code civil égyptien a respecté le modèle, la structure et la présentation du Code civil de 1804 : divisé en livres, titres, chapitres et sections. Sur le fond, on peut trouver dans le Code civil égyptien des concepts et des catégories juridiques empruntés du Code civil français : l'acte juridique, le fait juridique, la responsabilité délictuelle, la responsabilité contractuelle, la théorie

¹³ Mohamed El Sayed ARAFA, (Collectif), *La circulation du modèle juridique français* », Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la culture juridique française, Lexis Nexis, 1994, p.238.

¹⁴ Recueil des travaux préparatoires du Code civil égyptien, *op.cit.*, p.96.

¹⁵ Jan GOLDCERG, *Réception du droit français sous les britanniques en Égypte : un paradoxe ?* *op.cit.*, p.2.

¹⁶ Il convient de souligner que le Code civil actuel resta limité au droit des contrats et au droit des biens. Le droit familial au sens large ou le statut personnel est détaché du Code civil égyptien. Ainsi, le statut personnel (le mariage, le divorce et l'héritage, etc.) est soumis aux règles religieuses où la loi islamique s'applique aux musulmans et le droit canonique aux chrétiens, parce que ces normes s'enracinent dans le temps et se réclament du sacré.

¹⁷ Jean-Marc MOUSSERON, *La réception au Proche-Orient du droit français des obligations*, *op.cit.*, p.37.

générale des obligations, la théorie des nullités, etc. Ainsi, le Code civil égyptien est largement inspiré du Code civil français (principes, notions, théories, terminologie). Pourtant, des différences existent : le statut familial est considéré en Égypte comme étant partie indépendante d'inspiration religieuse (droit islamique pour les musulmans et loi canonique pour les chrétiens). Le Code civil, après avoir été couronné de succès en Égypte, les pays arabes ont considéré le Code civil égyptien comme un modèle arabe moderne évolué qui peut être suivi. On peut observer le phénomène de la codification civile qui s'est répandu au Moyen-Orient au cours de cette période. La Syrie a été le premier pays arabo-musulman à reproduire le Code civil, elle a promulgué son Code civil calqué sur le Code civil égyptien en 1949, puis l'Irak en 1951, la Libye en 1953, le Soudan en 1971, l'Algérie en 1975, le Koweït en 1980, le Royaume de Bahreïn en 2000, le Qatar en 2004. De ce fait, il y a une grande affinité et une similitude entre les Codes civils de ces pays, dont le Code civil égyptien étant devenu son modèle de référence. On a pu voir que cet incroyable mouvement de codification constitue une étape sérieuse pour créer un Code civil arabe unifié à l'avenir.

2. Les sources du droit égyptien

4. Il semble nécessaire d'identifier les sources du droit égyptien dans le Code civil égyptien. L'article 1 du Code civil égyptien dispose que « 1) la loi régit toutes les matières auxquelles se rapporte la lettre ou l'esprit de ses dispositions. 2) À défaut d'une disposition législative, le juge statuera d'après la coutume, et à son défaut, d'après les principes du droit musulman. À défaut de ces principes, le juge aura recours au droit naturel et aux règles de l'équité ». Ce texte fait référence aux sources auxquelles que le juge égyptien devrait se référer dans ses jugements. La première source à laquelle le juge doit se référer selon l'article 1 est la loi égyptienne. Le premier alinéa de l'article 1 du Code civil égyptien précise que le juge doit chercher la solution au litige avant tout dans le texte législatif. Si le juge trouve la solution dans les textes législatifs égyptiens, il est interdit de recourir à toute autre source. Ainsi, le juge doit tenir compte de la lettre et de l'esprit de la loi lorsqu'elle est appliquée. Lors des discussions parlementaires visant à codifier le Code civil égyptien, la question a été posée : faut-il préciser que la loi est la

première source du droit ? Les rédacteurs du Code civil égyptien ont justifié le maintien de la loi par la tendance de certains juges des tribunaux mixtes¹⁸ négligeant les textes de la loi égyptienne¹⁹. Dans la période vécue par l'Égypte après la révolution du 25 Janvier 2011, le respect de cet alinéa est devenu plus important que le précédent, afin d'empêcher les tentatives faites par certains juges d'appliquer la loi islamique (la charia islamique) au lieu du droit positif. Le législateur égyptien a noté que le texte de la loi ne peut pas tout régler, c'est la raison par laquelle il a donné au juge la possibilité de recourir à d'autres sources, comme la coutume.

5. L'article 1 dans son alinéa 2 a considéré la coutume comme la deuxième source du droit égyptien. La coutume est une source étroitement liée à la société et à la vie quotidienne des membres de celle-ci. Elle représente un moyen naturel de réguler les relations et les problèmes commerciaux ou civils des individus que le droit ne peut pas résoudre en raison de leurs complexités²⁰. Selon la doctrine égyptienne, il n'y a pas de conflit entre les sources de droit et la coutume, où ce dernier ne peut ni contredire ni annuler le texte législatif²¹. Ce sens a été confirmé par le législateur égyptien de la manière implicite au deuxième article du Code civil qui prévoit que *« la loi ne peut être abrogée que par une loi postérieure édictant expressément l'abrogation de la loi antérieure ou contenant une disposition incompatible avec celle de la loi ancienne, ou réglementant la matière précédemment régie par la loi ancienne »*.

6. Le Code civil français ne comporte aucune référence à des dispositions ou principes religieux. Le juge français n'est pas obligé, en l'absence d'un texte législatif, de recourir aux principes de la religion chrétienne ou de toute autre religion à cause de sa laïcité. Il en est autrement en droit égyptien où le droit

¹⁸ Jusqu'au 15 octobre 1949, il existait des tribunaux mixtes en Égypte en plus des tribunaux nationaux.

¹⁹ Recueil des travaux préparatoires du Code civil égyptien, *op.cit.*, p.185.

²⁰ *Ibid.*, p.187.

²¹ Soliman MORCOS, *Al Wafi (L'explication détaillée) Pour expliquer l'droit civil, La théorie générale des obligations*, Beyrouth, Bibliothèque SADER, 1998, p.422; Voir aussi, Sami Awad Aldeeb ABU-SAHILEH, *Introduction à la société musulmane : Fondements, sources et principes*, Eyrolles, Paris, 2005.

musulman occupe un rôle important dans le système juridique²². Toutes les constitutions égyptiennes affirment que l'Islam est la religion de l'État. De plus, la constitution de 1971 a élargi la référence à l'Islam dans son article 2 qui énonce que « *l'Islam est la religion d'État. Les principes du droit musulman sont une source principale de législation* ». En 1980, le dernier alinéa de ce texte a été amendé pour devenir « *les principes du droit musulman sont la source principale de législation* ». La constitution de 2014 a réaffirmé l'Islam comme la source principale de législation à son article 2 qui dispose que « *l'Islam est la religion d'État. L'arabe est la langue officielle. Les principes du droit musulman sont la source principale de législation* ». De plus, l'article 1 du Code civil dans son alinéa 2 a considéré les principes du droit musulman comme la troisième source de droit égyptien. Ceci signifie qu'en l'absence de solution au litige en droit ou en coutume, le juge doit recourir aux principes du droit musulman présents avant le Code civil de droit commun à tous les égyptiens quelles que soient leurs religions²³. Dans le débat au parlement égyptien relatifs aux principes du droit musulman, les rédacteurs du Code civil indiquent que la loi islamique répond aux exigences de l'époque moderne et que les principes convenus de la loi islamique sont entièrement compatibles avec le développement social et juridique. Ces principes ne s'opposent en aucune façon au développement de la société égyptienne²⁴. Al Sanhoury dans son commentaire du Code civil égyptien a confirmé que les principes dérivés de la loi islamique et incorporés dans le Code civil, doivent être interprétés en accord avec le système judiciaire égyptien et selon les travaux classiques des juristes musulmans, sans la nécessité de revenir à une école doctrinale islamique particulière et conformément aux principes généraux du Code civil²⁵.

²² Sur l'impact le droit musulman sur le Code civil, Voir Hossam El Din EL AHWANI, Hamdi Abd ELRAHMAN, *Les fondements du droit*, le Caire, Dar-Abou-Al majd, 1996, p.136 et s.

²³ À l'exception des questions de statut personnel.

²⁴ Recueil des travaux préparatoires du Code civil égyptien, *op.cit.*, p.184.

²⁵ Abd El Razaq Al SANHOURI, *Al Waseet, Le contrat*, tome1, Dar Al Nahda AL Arabya, Le Caire, 2010, p.47.

7. Le législateur égyptien a supposé que dans certains cas, le juge pourrait ne pas trouver de solution au litige, dans le droit, dans la coutume, et dans les principes du droit musulman. Par conséquent, le législateur a accordé au juge une quatrième et dernière source par laquelle le juge pourrait avoir recours dans de tels cas selon l'alinéa 2 de l'article 1 qui dispose qu' « *à défaut de ces principes, le juge aura recours au droit naturel et aux règles de l'équité* ». Selon la majorité des auteurs égyptiens, ce texte traite des règles du droit et de l'équité, en revanche il s'agit de la même notion. Il convient de souligner que certains parlementaires au cours de la discussion de cet article refusèrent d'ajouter le droit naturel et les règles de l'équité aux sources officielles du droit égyptien. Ils affirment que l'idée du droit naturel n'existe pas effectivement et si cette idée existe réellement, elle a déjà été incorporée dans le droit positif, sans avoir besoin d'être rédigée dans l'article 1 du Code civil. Selon eux l'idée de droit naturel est devenue une idée vieillotte, vide et ne correspond pas à l'époque moderne. En ce qui concerne l'équité, c'est une idée relative qui diffère d'une société à l'autre, et d'une personne à une autre. Elle représente une idée large et incohérente ainsi le juge ne peut pas recourir à cette idée floue²⁶. En dépit de ces critiques de l'idée du droit naturel et de l'équité, le législateur égyptien a préféré les garder, parce que l'existence de ces règles en tant que quatrième source au juge, lui donnera l'occasion d'exercer le maximum d'effort et choisir la meilleure solution la plus appropriée à la situation que la loi n'a pas pu régler²⁷. De plus, le juge qui refuse de juger peut-être démis de sa fonction ou condamné, parce qu'il est considéré comme un déni de justice. Dès lors, pour éviter une telle situation, il était nécessaire que le législateur égyptien donne au juge un dernier recours.

8. En ce qui concerne le rôle de la jurisprudence égyptienne dans le régime égyptien, on peut noter qu'elle ne joue pas le même rôle que son homologue dans le régime anglo-saxon. Les décisions de la Cour de cassation obligent les tribunaux inférieurs à respecter ses décisions²⁸. De plus, la Cour de cassation égyptienne a un

²⁶ Recueil des travaux préparatoires du Code civil égyptien, *op.cit.*, p.188.

²⁷ *Ibid.*, p.189.

²⁸ Ahmed SALAMA, *Introduction à l'étude du droit*, Dar Al Nahda AL Arabya, Le Caire, 1974, p.170.

effet moral important sur les tribunaux inférieurs et ses principes sont généralement respectés par les juges. Bien que la Cour de cassation égyptienne puisse établir des principes juridiques devront être respectés, elle ne peut pas créer des règles juridiques comme le législateur²⁹. À propos du rôle de la doctrine égyptienne, les auteurs s'efforcent toujours de compléter la tâche ardue initiée par Al Sanhoury qui a élaboré le Code civil égyptien. Les auteurs cherchent toujours à développer le Code civil actuel à la lumière de la modernisation réalisée par leur homologue français en particulier sur les questions importantes tel que la période précontractuelle.

3. L'évolution de la période précontractuelle et l'idée des négociations

9. Il semble intéressant, avant de définir la notion de période précontractuelle, d'étudier l'évolution et l'importance de la période précontractuelle en droit français et en droit égyptien. La période précontractuelle est d'une grande importance dans la vie du contrat au XXI^e siècle en France et en Égypte. Ainsi, l'idée des négociations comme un phénomène sociétal n'est pas née aujourd'hui, mais elle a évolué avec l'évolution de la pensée humaine et juridique. Sans aucun doute, la négociation est un phénomène humain, les négociations sont étroitement liées à la vie quotidienne, en particulier dans le domaine de la conclusion du contrat, c'est pourquoi il s'agit d'une pratique évolutive depuis les anciennes communautés en France et en Égypte. Cependant, il reste à connaître s'il s'agit de la même manière de négocier le contrat par rapport aux sociétés modernes. Il faut répondre à cette hypothèse en examinant l'histoire des négociations.

10. Tout d'abord, le premier homme vivait en tribu basée sur l'autosuffisance, et n'avait pas besoin d'échanger les biens, cela même après la découverte de l'agriculture, car ces communautés ne connaissaient pas l'échange direct d'argent contre un bien³⁰. Ainsi, ces sociétés primitives n'avaient pas la

²⁹ Hossam El Din EL AHWANI, *Les origines du droit*, Maison d'édition les fils de Wheba HASSAN, Le Caire, 1988, p.212.

³⁰ Voir Sophie ABU TALIB, *Histoire des systèmes juridiques et sociaux*, Dar Al Nahda Al Arabya, 1988, p.35.

notion de contrat dans le sens technique du terme. Il est évident qu'on ne peut pas imaginer des négociations dans ces sociétés en l'absence de la notion de contrat.

11. Postérieurement, la société romaine a connu un certain niveau de civilisation. D'abord, elle s'est basée sur le troc, alors la monnaie est apparue comme un moyen d'exécuter les transactions entre les personnes. Puisque le droit romain dans les premiers temps, a été caractérisé par les formalités des contrats, par conséquent, la volonté n'était pas, seule, capable de créer un contrat et de déterminer ses effets. Néanmoins, l'expression de la volonté doit être compatible et adéquate au formalisme des modèles figurant dans la loi (*nexum, litteris, stipulatio, mutuum*)³¹. La volonté de l'individu et le principe de la liberté contractuelle ne caractérisaient pas la notion des négociations en droit romain, mais plutôt des contrats types imposés par la législation romaine. Il faut noter que l'évolution de la société romaine a marqué un mouvement croissant des échanges commerciaux, ce qui a fait naître les contrats consensuels, à titre exceptionnel, à côté des contrats formalistes. De plus, la législation romaine ne laisse pas entendre l'existence des négociations précontractuelles ou pourparlers au sens moderne du concept.

12. Après la chute de l'Empire romain en occident, le contrat germanique gagnait du terrain et commençait à remplacer le contrat romain. Dès lors, les règles formalistes rigides ont été assouplies avec l'intrusion du principe de la bonne foi et le rôle croissant de la volonté des parties. Au demeurant, les juristes ont critiqué le formalisme et ont annoncé que le contrat consensuel était suffisant pour exécuter les transactions, et le respect du formalisme n'était plus obligatoire³². Malgré cette évolution, qui imposait le contrat consensuel de la part de l'Église, la phase de négociations n'était pas intéressante en raison de la simplicité et de la facilité de passer les transactions à cette époque.

13. L'époque islamique a vu le jour dans le *Hijaz* (Arabie Saoudite actuellement), dans le sixième siècle après J.C. ; après l'invitation du Prophète Mohamed à l'adoration d'un Dieu unique, et la diffusion des valeurs de justice,

³¹ Shafiq SHITATA, *La théorie des obligations dans le droit romain*, Dar Al Nahda AL Arabya, 1959, p.35.

³² Joseph NASSIM, *Le Moyen Âge*, La Fondation universitaire de Jeunesse, 1983, p.35.

d'égalité, de liberté et de tolérance. La nature de la vie dans cette période des nomades, a marqué la facilité des transactions commerciales. Cependant, on peut affirmer que la communauté musulmane était basée principalement sur le commerce, soit interne soit avec les pays voisins. Les arabes avaient leurs célèbres marchés commerciaux annuels semblables à des forums internationaux comme le marché *Okazz*. Le contrat dans la loi islamique est un contrat consensuel. Par conséquent, il est possible de constater dans le droit islamique la négociation du contrat, où les parties peuvent discuter librement les conditions de conclure l'acte final, selon les principes généraux de la théorie des contrats qui n'exclut pas l'existence de négociations entre les parties. De plus, le prophète Mohamed affirmait que les musulmans ont le droit de s'accorder sur les termes et les clauses du contrat qui leur conviennent, aussi bien la vérification de leurs valeurs, sauf si l'objet du contrat est prohibé dans l'Islam, comme le commerce de l'alcool ou du porc. Autrement dit, les musulmans connaissaient l'idée de négociation et le principe de la bonne foi dans leurs négociations, car ils s'engageaient par une promesse verbale. Ainsi, s'ils ne respectaient pas leur parole donnée le déshonneur s'abattait sur eux et leurs familles.

14. Depuis la fin du XVIII^e siècle, le monde a connu des développements successifs et des changements sont déjà en cours. D'ailleurs, la première révolution industrielle avait apporté de nombreux changements dans la société. Au début du XX^e siècle, le monde a connu de nouveaux piliers à la suite de la seconde révolution industrielle et a vu apparaître de nouvelles industries et technologies. Le XXI^e siècle a été témoin de la révolution industrielle et technologique à la lumière de ces nouvelles variables générées par des mégaprojets, d'où l'apparition des entreprises multinationales. Le contrat n'est pas isolé de l'environnement économique et commercial, par conséquent, les négociations étaient nécessaires afin de répondre aux contrats complexes et suivre le rythme de cette évolution. Il faut en convenir, la période précontractuelle au sens technique et juridique est apparue seulement à l'époque moderne. Cette période est devenue une nécessité pratique avant la conclusion de tels contrats complexes qui nécessitent des préparations préalables et des négociations longues et difficiles. Elle vise à étudier les aspects techniques, financiers et juridiques liés au contrat afin de conclure un contrat satisfaisant pour les négociateurs.

4. L'importance de la période précontractuelle et l'idée de la négociation

15. Dans un monde d'affaires et de commerce international où les lois diffèrent et les cultures juridiques s'entrechoquent, le contrat reste un outil juridique contractuel connu dans tous les régimes et capable de réconcilier ces différences. Le contrat est la rencontre des volontés entre deux parties afin de créer un projet commun. Le contrat a deux manières pour se former : la formation simple, dans ce schéma du « *coup de foudre contractuel* »³³, le contrat se forme instantanément par la rencontre de l'offre et de l'acceptation³⁴, c'est le cas de la plupart des contrats de la vie courante³⁵. La formation progressive (le schéma le plus complexe de formation du contrat)³⁶. Dans ce schéma, la formation d'un contrat passe généralement par une phase d'échanges et de négociations entre les parties concernées. Le mécanisme de formation progressive du contrat, souvent appelé « la période précontractuelle », a évolué dans de nombreux domaines civils, commerciaux et internationaux en raison de la complexité des contrats et de l'émergence de types modernes. Ce mécanisme suit la complexité des relations commerciales et de la révolution technologique et numérique. Cette période « *s'étend de la simple manifestation de l'intérêt de contracter jusqu'à* »³⁷ la conclusion du contrat préparatoire le plus proche du contrat définitif³⁸. La période précontractuelle vise à créer un cadre juridique sécurisé permettant la formation progressive de la volonté des parties, en vue d'arriver à la conclusion du contrat projeté. Plusieurs explications peuvent justifier la formation progressive du contrat.

³³ Jean-Marc MOUSSERON, *La durée dans la formation des contrats*, Études offertes à A. JAUFFRET, Faculté de droit et de science politique d'Aix Marseille, 1974, p.509, cité par, Julie JOLY-HURARD, *Conciliation et médiation judiciaires*, presses universitaires d'Aix-MARSEILLE, 2003, n°120.

³⁴ Vincent FORRAY, *L'offre et l'acceptation dans les projets de réforme du droit français des contrats : Remarques sur l'écriture doctrinale du droit des contrats*, RTD civ. 2012, p.231.

³⁵ Joanna SCHMIDT, *La période précontractuelle en droit français*, Revue internationale de droit comparé, Vol. 42 n°2, Avril-juin 1990, p.545.

³⁶ Yvaine BUFFELAN-LANORE, Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Les obligations*, 15^e éd, Sirey, 2017, p.337.

³⁷ Denis MAZEAUD, *Mystères et paradoxes de la période précontractuelle*, Mélanges Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXI^e siècle, LGDJ, Paris, 2001, p.637.

³⁸ Souligné par nous.

Parmi les plus essentielles, on trouve la complexité juridique (A), les enjeux financiers (B), la dimension internationale (C), la meilleure interprétation du contrat par le juge ou par l'arbitre (D), et la meilleure préparation du contrat par les pré-contractants (E).

A : La complexité juridique

16. En raison de la mondialisation, les contrats sont devenus plus complexes et plus importants. La complexité des contrats négociés est souvent liée à la combinaison de plusieurs contrats, nommés ou innomés. Ces contrats sont constitués par un foisonnement de clauses qui déterminent les conditions d'organisation ou d'administration de la négociation contractuelle, voire d'une renégociation. Les négociateurs doivent envisager le contrat sous tous ses aspects, discutent et précisent les modalités du contrat projeté dans lesquelles ils recherchent tous les aspects juridiques, techniques et financiers afin d'assurer la plus grande sécurité juridique possible³⁹. Ainsi, les relations précontractuelles entre deux ou plusieurs parties négociatrices, pour réaliser des opérations complexes, comportent souvent des risques financiers, juridiques, techniques et commerciaux, etc.⁴⁰. Il arrive, parfois, que la complexité juridique de l'opération oblige les intéressés à prendre le temps avant de conclure l'acte final. Dans ce cas, seule la longue période de négociations peut permettre aux pré-contractants d'envisager le contrat sous tous ses aspects, de prendre connaissance de toutes les données. Il apparaît évident que l'étude de ces opérations met constamment en évidence l'importance de la négociation du contrat pour réussir l'acte définitif. Dès lors, les juges auxquels il est de plus en plus demandé de se pencher sur cette période précontractuelle, tiennent compte de la complexité de la situation lorsqu'ils analysent le contrat⁴¹. Il faut noter que le caractère complexe d'une opération peut résulter lui-même de plusieurs

³⁹ Anthony CHAMBOREDON, *La formation progressive du contrat : étude comparée sur les procédures de la négociation contractuelle*, Thèse Florence, Européen Université Institute, 2002, p.49.

⁴⁰ Mustafa El GAMAL, *L'effort pour conclure un contrat en droit comparé*, Manshourat EL Halabi, 2001, p.10.

⁴¹ Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat*, coll. Lamy Droit civil, 2018, n°127 ; V. aussi en droit égyptien, Abou AL Ella EL NEMR, *Les négociations de contrats commerciaux internationaux*, 2^e éd, Dar Abou El Magd, 2002, p.17.

facteurs. Le premier facteur étant l'originalité du projet : on peut comprendre que plus le contrat projeté est original, plus il est nécessaire de le négocier soigneusement. Il y a une difficulté en cas d'originalité du projet lorsqu'il s'agit de mettre en place un projet inédit qui n'est pas prévu par la pratique ni par le Code civil, ce qui nécessite une longue période précontractuelle pour préparer les diverses clauses du contrat. Le deuxième facteur est celui de la pluralité d'actes : on peut voir dans une même opération juridique une combinaison de plusieurs contrats nommés ou innommés. Dans cette hypothèse (pluralité contractuelle) les négociations vont être capitales, car elles vont permettre aux parties de négocier chaque contrat, ainsi elles visent à obtenir autant d'informations sur la société cible. Vu qu'il existe une pluralité de contrat, il y aura des négociations pour chacun des actes⁴². Le troisième facteur est celui de la pluralité des parties⁴³ : à côté des opérations à trois personnes, certains contrats réunissent bien plus de participants, c'est le cas notamment des pools bancaires⁴⁴. Un pool bancaire comprend un certain nombre de banques qui se sont réunies en vue de financer en totalité, ou en partie, un projet d'investissement conséquent. Le pool bancaire permet à la fois aux différentes institutions financières de mutualiser leurs risques et à l'entreprise de ne pas être dépendante d'une seule banque. Cela veut dire que plusieurs banques vont financer une entreprise ou plus pour des opérations de grande ampleur nécessitant des fonds considérables. La pluralité des parties rend les négociations plus longues et plus complexes.

B : Les enjeux financiers

17. Il convient de souligner que la mondialisation économique a permis la création d'un système financier international présentant de nombreux avantages, notamment la possibilité de trouver des financements à l'international quand aucune solution n'est disponible sur le territoire national, surtout dans les pays en

⁴² Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat, op.cit.*, n° 127.

⁴³ *Ibid.*, n°127.

⁴⁴ Voir, notamment, Y. Zein, *Les pools bancaires : aspects juridiques*, préf. Ch. Larroumet, Economica, 1998 ; Céline TILLOY, *Le contrat collectif en droit privé*, Thèse, Reims, 1997. Ainsi de nombreux synonymes sont utilisés tels que syndicats bancaires, syndicats de prêts, consortium ou encore crédits syndiqués.

développement comme l'Égypte. Dès lors, les enjeux financiers jouent un rôle très important dans la période précontractuelle, car certains contrats entraînent parfois de lourdes conséquences pécuniaires. Ils permettent aux pré-contractants en toute connaissance de cause, de se livrer à des études chiffrées et des prévisions. Cela concerne les contrats qui portent sur un objet ou une somme de valeurs ; au sens des contrats de financement, des contrats de transfert de technologie, des contrats qui mettent l'une des parties en mesure d'exercer une activité génératrice de profit, qu'elle soit de nature civile ou commerciale⁴⁵.

C : La dimension Internationale

18. Dans le monde du commerce international, il existe de nombreux contrats internationaux entre les parties ayant des cultures juridiques différentes. Elles ont donc besoin de se connaître, de se rapprocher avant de s'entendre⁴⁶. Par conséquent, les négociations fournissent à ces parties l'environnement approprié pour préparer leurs contrats internationaux. Ces contrats respectent les principes Unidroit 2010⁴⁷, même si ces derniers ne sont pas considérés comme du droit positif, ils peuvent influencer les parties, le juge ou l'arbitre en cas de difficulté⁴⁸. À côté des principes Unidroit, il existe d'autres dispositions qui n'ont pas de valeur de droit positif. Ce sont les principes du droit européen des contrats qui ont été mis en place par la commission Lando contenant des dispositions analogues⁴⁹. Dans ces principes on retrouve les mêmes règles que celles existantes dans les principes d'Unidroit 2010⁵⁰.

⁴⁵ Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat, op.cit.*, n°128.

⁴⁶ Pierre-Yves GAUTIER, *Les aspects internationaux de la négociation*, RTD com. 1998, p.493.

⁴⁷ Principes Unidroit 2010, Rome ; la version intégrale de ces Principes est accessible sur <http://www.unidroit.org>. Il convient de noter que la France et l'Égypte ont signé la présente à cette convention.

⁴⁸ Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat, op.cit.*, n°129.

⁴⁹ Principes du droit européen du contrat, version française préparée par Rouhette G., Société de législation comparée, 2003.

⁵⁰ Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, *Les clauses-types sur l'utilisation des Principes d'unidroit relatifs aux contrats du commerce international*, Recueil Dalloz, 2013, p.2037.

D : La meilleure interprétation du contrat par le juge ou par l'arbitre

19. Les négociations peuvent garantir une meilleure interprétation du contrat par le juge ou l'arbitre, car les juridictions cherchent à interpréter le contrat à travers les intentions communes des parties, depuis la phase de négociations jusqu'au jour de la conclusion de l'acte final⁵¹. La phase de négociations peut receler plusieurs indices permettant au juge ou à l'arbitre d'éclaircir les points obscurs du contrat tels que le comportement des parties, la correspondance entre les parties ou tous les documents émis pendant cette période préparatoire⁵². Ces documents paraissent utiles au juge ou à l'arbitre mais, ils peuvent aussi présenter un danger pour les parties dans la mesure où ils sont souvent confus, déformés et incomplets. Ils peuvent créer des différends ce qui est le cas lorsque l'une des parties s'en prévaut alors que l'autre lui dénie toute force obligatoire. Pour savoir à quoi s'en tenir, les parties peuvent se prévaloir dans le contrat de la clause des quatre coins ou clause d'intégralité. Cette clause a pour but d'interdire toute utilisation ultérieure des documents échangés pendant la phase de négociation.

E : La meilleure préparation du contrat par les pré-contractants

20. La période précontractuelle est considérée comme un outil efficace pour résoudre le désaccord sur certaines questions fondamentales, les étapes de mise en œuvre et l'étendue de l'engagement pour les pré-contractants, ainsi que la confidentialité des informations acquises lors de la négociation, etc. Il s'agit d'un moyen de régler les différends qui pourraient surgir à l'avenir entre les pré-contractants. Décidément, les négociations jouent un rôle protecteur au stade de la formation du contrat, car au stade des négociations les négociateurs discutent la plupart des problèmes qui pourraient survenir dans l'avenir et menacer la conclusion du contrat final ou de la non-exécution de l'acte définitif. De plus, pour faire face à tout danger risquant l'annulation de conclure l'acte final, les négociations permettent d'éviter tout malentendu ou maladresse au cours de la

⁵¹ Abd Al Naser AL ATTAR, *Les sources des obligations*, Dar Al Nahda AL Arabya, 1991, p.403 ; et en France V. Cass. Com., 29 octobre 2002, n° 99-18.796.

⁵² Voir Olivier POULET, *Savoir négocier ses contrats*, Delmas, 1^{re} éd, 2007, n°106, p.15 ; Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat*, *op.cit.*, n°132.

phase de discussion précontractuelle. La vigilance qui règne pendant les négociations permet d'éviter de nombreux litiges ultérieurs. Dans ce sens, selon certains auteurs égyptiens « *la rupture de la négociation vaut mieux que la rupture du contrat* »⁵³. Il semble que, ce point de vue n'est absolument pas juste, car la rupture des négociations provoque parfois des dommages égaux ou supérieurs à la rupture du contrat en raison de la complexité des relations précontractuelles. Enfin, il faut convenir que les raisons de la réussite ou de l'échec de la conclusion du contrat dépendent en grande partie du stade des négociations. En effet, il est possible de garantir un contrat suffisamment équilibré et satisfaisant pour les parties négociatrices si la préparation des négociations est bonne et menée au préalable. Si cette préparation est insuffisante ou mauvaise, le contrat peut être défectueux, présentant plusieurs lacunes et risquant de provoquer des conflits entre les parties dans l'avenir.

5. La notion de période précontractuelle

21. Au préalable, les expressions utilisées pour indiquer la période précontractuelle prêtent souvent à confusion en raison d'un usage peu rigoureux de la part de la doctrine et de la jurisprudence. La notion de période précontractuelle est utilisée comme synonyme de la phase préparatoire du contrat, les négociations, les pourparlers, les contrats préparatoires, l'avant-contrat, et les avant-contrats⁵⁴. Ils sont donc équivoques et se ressemblent. Par conséquent, cette confusion entraînera des problèmes juridiques dans le droit français et le droit égyptien. Il semble donc approprié de déterminer cette notion dans les deux droits.

22. La notion de période renvoie d'une manière générale à l'idée de temps, de durée, qui peut être déterminée ou indéterminée. Donc, la période précontractuelle est, comme le mot l'indique, la période qui précède la conclusion

⁵³ Abou El Ella-EL NEMR, *Les négociations de contrats commerciaux internationaux*, op.cit., p.13.

⁵⁴ Luiz Fernando KUYVEN, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : Fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation*, Thèse, université de Strasbourg, 2010, p.33.

du contrat définitif⁵⁵. De même, la période précontractuelle est un parcours où les parties essayent d'arriver à un accord afin de conclure le contrat projeté⁵⁶. On peut affirmer qu'il existe des tentatives de définition de la période précontractuelle émanant de la doctrine française. Selon le Professeur Mazeaud, cette période est « *non seulement l'ensemble des faits et actes qui précèdent l'accord de volontés, tels que l'offre, l'acceptation ou encore les simples pourparlers mais également les différents contrats qui anticipent plus ou moins précisément la conclusion du contrat définitif* »⁵⁷. Dans cette perspective et selon certains auteurs, la période précontractuelle est une période exploratoire durant laquelle les futurs contractants échangent leurs points de vue, formulent et discutent les propositions qu'ils se font mutuellement afin de déterminer le contenu du contrat, sans être pour autant assurés de le conclure⁵⁸. De même, la période précontractuelle peut être définie comme le laps de temps durant lequel les parties préparent le futur contrat⁵⁹. Ainsi, certains auteurs estiment que la période précontractuelle correspond à une modification progressive de la volonté des pré-contractants. Cette progression correspond à l'invitation à entrer en négociation, à travers cette invitation, les négociateurs apprennent à se connaître, et à échanger des informations quant à l'opération projetée, informations qui leurs permettront de contracter en pleine connaissance de cause, ou de ne pas le faire si une partie n'a pas pu se forger une opinion assez claire sur le contrat projeté⁶⁰.

⁵⁵ Claire POITEVIN, *L'avant-contrat en droit des contrats d'auteur*, Thèse, université d'Avignon et des pays Vaucluse, 2011, p.13 ; Joanna SCHMIDT, *La période précontractuelle en droit français*, RID com. 1990 Vol. 42 n°2, p.545 ; Jean-Marc MOSSERON, *Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle*, RTD com. 1998. p.243 ; Jacques GHESTIN, *La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers*, JCP 2007.I.155 et 157.

⁵⁶ Francisco Augusto PIGNATTA, *La phase précontractuelle sous l'empire de la Convention de Vienne sur la vente internationale et des droits français et brésilien*, Thèse, Strasbourg 3, 2008, p.21.

⁵⁷ Denis MAZEAUD, *Mystères et paradoxes de la période précontractuelle*, *op.cit.*, p.644.

⁵⁸ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 11^e éd, 2013, p.200.

⁵⁹ Christophe LACHIEZE, *Droit des contrats*, 4^e éd, Ellipses Marketing, 2016, p.56.

⁶⁰ Luiz Fernando KUYVEN, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : Fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation*, *op.cit.*, p.33.

23. D'une part, il n'est pas inutile de souligner que la notion de période précontractuelle est inexistante au sein du Code civil égyptien. Le silence du Code civil a entraîné la majorité de la doctrine égyptienne à délaisser cette notion de période précontractuelle, car cette dernière perçoit la conclusion du contrat comme étant instantanée. Donc, pour eux il n'existe pas de période précontractuelle. Ceci a mené certains auteurs à se demander si la période précontractuelle est en dehors du cadre du droit⁶¹. C'est la raison pour laquelle ils n'ont pas défini la période précontractuelle. De ce fait, la doctrine égyptienne classique estime que la période précontractuelle est synonyme du concept de la formation simple du contrat⁶². Il semble que ce point de vue n'est pas tout à fait juste, parce que parfois la formation du contrat sera progressive par des négociations et des contrats préparatoires. Il est donc inexact de dire que la période précontractuelle est synonyme juste de la formation simple du contrat. D'autre part, la doctrine moderne égyptienne a tenté de déterminer les caractéristiques de cette période et d'élaborer une définition afin de préciser le début et la fin de cette période. Certains auteurs estiment que chaque contrat est précédé par une période précontractuelle (qu'il s'agisse d'une longue ou d'une courte période) qui commence généralement à partir du moment où l'une des parties déclare son désir de conclure le contrat avec l'autre partie. Cette phase se termine au moment où le contrat définitif est conclu⁶³. À en croire un autre auteur, la période précontractuelle est une période durant laquelle les futurs contractants échangent leurs points de vue et discutent de leurs éventuels engagements⁶⁴. Cette période est soumise à un régime de liberté encadré par la bonne foi. De l'avis des autres auteurs, la période précontractuelle est le stade durant lequel les parties discutent les termes du contrat, évaluent et étudient la faisabilité économique du contrat projeté afin de parvenir à un accord final. Le contrat est donc formé dès lors

⁶¹ Hoda Abd ALLAH, *Le système juridique de la période précontractuelle*, Bibliothèque SADER, Beyrouth, 2004, p.11.

⁶² Mohamed EL Said RUSHDI, *Le contrat par les moyens modernes de communication*, Alexandrie, Monshatte AL Marref, 2005, p.241.

⁶³ Hamoud Abd EL AZIZ, *Les aspects juridiques de la phase de négociation*, Faculté de droit, université du Menoufia 2005, p.7.

⁶⁴ Abou AL Ella EL NEMR, *Les négociations de contrats commerciaux internationaux*, op.cit., p.26 ; Le même sens dans la doctrine française ; Winfried-Thomas SCHNEIDER, *La codification d'institutions prétoriennes*, RIDC, 2002, n° 4, p.967.

que les volontés exprimées par l'émetteur de l'offre et le destinataire se rencontrent⁶⁵.

24. À la lumière de ces définitions, on peut constater qu'en France et en Égypte, il n'y a pas de définition complète et précise de la période précontractuelle. Quelques définitions sont critiquables parce qu'elles assimilent la période précontractuelle à la formation simple du contrat. D'autres définitions limitent la période à des négociations précontractuelles et ignorent complètement les contrats préparatoires. Ainsi, pour ces raisons, il semble approprié de proposer une définition de la période précontractuelle. Dès lors, la période précontractuelle peut être définie comme la formation progressive du contrat. Durant cette période les pré-contractants préparent leur contrat projeté en utilisant les instruments suivants : les négociations précontractuelles et/ou les contrats préparatoires dont leur objectif est la conclusion du contrat définitif. Il semble que cette définition peut éviter les critiques précédents parce qu'elle distingue la période précontractuelle et la formation simple du contrat, en énonçant que la période précontractuelle est la formation progressive du contrat. Également, cette définition a déterminé le contenu de cette période qui est la bonne préparation pour le contrat, en disant que les pré-contractants préparent leur contrat projeté. En outre, la définition a énuméré tous les outils de cette étape et n'en a ignoré aucun. Enfin, la définition identifie clairement l'objectif de cette période, qui est la conclusion du contrat définitif.

25. La période précontractuelle débute par une invitation d'entrer en négociations et finit par la décision de conclure ou non un contrat préparatoire⁶⁶. Cette période se compose souvent de deux étapes pour conclure le contrat définitif : « les négociations précontractuelles » et « les contrats préparatoires ».

26. En ce qui concerne la première étape, la négociation est un élément essentiel pour conclure tout accord futur complexe. L'objet d'une négociation pourra s'avérer plus ou moins précis selon le type de l'invitation d'entrer en

⁶⁵ Hamoud Abd ELAZIZ, *Les aspects juridiques de la phase de négociation*, op.cit., p.9.

⁶⁶ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, Thèse, Strasbourg, 2015, p.5.

négociation. Plus l'enjeu sera important, plus les négociateurs souhaiteront sécuriser leur négociation⁶⁷. En participant à des négociations, les négociateurs commencent une période d'exploration afin d'explorer la possibilité de devenir cocontractants. Ils échangent des informations et des propositions en vue de s'entendre sur les différents points importants du contrat définitif et conclure un contrat équilibré et satisfaisant pour eux. « *La négociation fait apparaître deux traits caractéristiques : l'expression d'intérêts opposés et la recherche d'un accord* »⁶⁸. Les négociations précontractuelles sont une étape préliminaire d'une opération plus vaste (la période précontractuelle), elles constituent la première étape de cette opération. Cette dernière commence par l'invitation à entrer en négociation et se termine soit par une rupture arbitraire ou amicale des négociations, soit par la conclusion du contrat préparatoire ou la conclusion du contrat définitif. La phase de négociations précontractuelles se trouve soumise à deux principes importants⁶⁹. Le premier est la liberté contractuelle, le second est la bonne foi⁷⁰. La liberté contractuelle est le principe fondamental qui domine le droit des contrats. La liberté contractuelle signifie la liberté de contracter ou pas, qu'aucun négociateur n'est obligé de conclure un contrat et que chaque négociateur peut refuser d'entrer en relation contractuelle avec l'autre. Son refus n'est que l'expression de la liberté contractuelle de ne pas conclure un contrat contre sa volonté. Ensuite, les négociateurs ont la liberté de choisir leur cocontractant et la forme de leur contrat préparatoire ou définitif. On peut constater que, découlant de la liberté contractuelle qui régit la période précontractuelle, il existe un autre principe considéré comme une extension et une application du principe de la liberté contractuelle. C'est le principe de la liberté précontractuelle (la liberté de négocier) qui signifie que les négociateurs ont la liberté d'entamer des négociations, et de mener des négociations précontractuelles parallèles. Le but est d'obtenir le contrat le plus avantageux possible, et même la liberté de mettre fin à ces négociations à

⁶⁷ Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, Thèse, Montpellier, 2015, p.9.

⁶⁸ Sandrine CHASSAGNARD-PINET, David HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, p.62.

⁶⁹ Françoise LABARTHE, *La notion de document contractuel*, Thèse, Paris, LGDJ, 1994, préf. Jacques GHESTIN, n° 210.

⁷⁰ Claire POITEVIN, *L'avant-contrat en droit des contrats d'auteur*, *op.cit.*, p.14.

tout moment⁷¹. Cependant, « *si le souci de sauvegarder la liberté contractuelle postule la non-intervention juridique dans le domaine contractuel, le besoin d'assurer la sécurité juridique de ces relations appelle en revanche un contrôle des comportements des négociateurs* »⁷² par la bonne foi. De ce fait, la période de négociations semble contenir deux principes contradictoires ou plus spécifiques, un principe général et une restriction de ce principe, qui crée une dualité, surtout dans la liberté d'un négociateur de rompre les négociations. La rencontre de ces principes contradictoires est bien la source de problèmes et d'hésitations dans l'adoption d'un régime juridique régissant cette période de négociations précontractuelles. Les négociateurs doivent avoir une conduite gouvernée par la bonne foi avant, pendant et après les négociations précontractuelles. Ainsi, si l'exercice de la liberté contractuelle ou précontractuelle cause un dommage à l'autre négociateur, dans ce cas, « *le négociateur victime a un droit à réparation contre l'auteur du dommage fondé sur une responsabilité que la doctrine a qualifiée de précontractuelle* »⁷³. Cette responsabilité précontractuelle soulève de nombreuses questions quant à sa nature, ses conditions et à l'étendue de la reconnaissance et de l'acceptation par la jurisprudence.

27. La période précontractuelle n'est pas simplement une période ou un cadre chronologique, mais elle représente le parcours des négociateurs et de leurs instruments vers la conclusion du contrat final. « *Elle peut être ponctuée de contrats préparatoires ayant pour seul objectif de l'organiser, de le structurer, de le sécuriser* »⁷⁴. En effet, la période précontractuelle est une période préparatoire⁷⁵ pour conclure le contrat définitif et le contrat préparatoire qui sera l'outil par lequel

⁷¹ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, *op.cit.*, p.6.

⁷² Joanna SCHMIDT, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, p.103.

⁷³ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, *op.cit.*, p.19.

⁷⁴ Claire POITEVIN, *L'avant-contrat en droit des contrats d'auteur*, *op.cit.*, p.15.

⁷⁵ Mikaël BENILLOUCHE, *L'avant-contrat : actualité du processus de formation des contrats*, PUF, 2008, p.106.

les négociateurs peuvent sécuriser leurs négociations. Autrement dit, les négociateurs dans cette période préparatoire qui est caractérisée par l'absence de sécurité juridique ont recours à de tels contrats préparatoires, pour des raisons économiques et juridiques. De ce fait, le contrat préparatoire crée un lien de droit obligatoire entre ses parties qui ne souhaitent pas renégocier des points déjà convenus. Les négociateurs peuvent donc fixer dans un contrat préparatoire les résultats acquis⁷⁶ et peuvent aussi encadrer les procédures de leurs négociations⁷⁷. Les contrats préparatoires comme son nom l'indique, s'agissent des contrats qui préparent d'autres contrats permettant de faciliter la phase suivante pendant la période précontractuelle⁷⁸. Ces contrats ne peuvent être considérés comme des contrats définitifs, mais ils constituent plutôt une étape bien avancée vers la conclusion du contrat définitif. Les contrats préparatoires varient selon le but désiré, tel que le contrat de négociation, le contrat cadre, le pacte de préférence et la promesse de contrat, etc. L'effet contraignant de ces contrats est variable et dépend de l'intensité que les parties veulent les donner. Ainsi, les contrats préparatoires sont de véritables contrats qui se distinguent du contrat définitif et d'autres contrats. Ces contrats préparatoires soulèvent de nombreuses questions telles que leur définition, leur nature et leurs conditions.

⁷⁶ Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, *op.cit.*, p.12.

⁷⁷ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, *op.cit.*, p.17.

⁷⁸ Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, *op.cit.*, p.15.

6. Les raisons du choix de ce sujet :

28. Le thème de la période précontractuelle n'est pas un thème platonique à cause de l'importance croissante du sujet dans la vie du contrat. Il est bien nécessaire et crucial dans la vie de la plupart des contrats. En pratique, la période précontractuelle prépare un contrat définitif complexe. Cette création progressive du contrat peut répondre aux divers besoins pour les négociateurs. Carbonnier a confirmé que « *le contrat est suivi par son passé* »⁷⁹. Donc, un bon contrat est le résultat de bonnes négociations.

29. Bien qu'il existe de nombreux ouvrages dans le droit des contrats, les auteurs égyptiens ne se soucient guère de la période précontractuelle, parce que selon eux cette période est soumise au droit commun. Il est donc difficile de trouver une étude générale menée sur la période précontractuelle, cela semble être très clair en l'absence de publications sur ce sujet. Contrairement, les négociations précontractuelles et les contrats préparatoires ont été l'objet de plusieurs études en droit français. Cependant, il y a une absence dans les travaux exhaustifs sur les dispositions et questions liées à la période précontractuelle à même d'en présenter une théorie générale. De même, les études comparatives entre le droit français et le droit égyptien sont absentes sur le sujet de la période précontractuelle. On peut confirmer que cette étude est la première dans ce sujet. L'étude de la période précontractuelle en droit des contrats égyptien n'est pas aisée, les ouvrages ne sont pas riches. De plus, l'absence des règles applicables dans cette période informelle, outre l'absence de développements doctrinaux, a mené à l'absence de jurisprudence sur les nombreux points liés à la période précontractuelle, les arrêts égyptiens sont vraiment rares en la matière. Les arrêts rares indiquent-ils que la période précontractuelle n'est pas importante ou qu'elle ne pose pas de problèmes en droit égyptien ? La réponse est assurément négative. Les problèmes liés à la période précontractuelle sont résolus en dehors des tribunaux, parce que les négociateurs préfèrent éviter les difficultés matérielles et morales pour se lancer dans un procès, par conséquent les négociateurs ont souvent recours à l'arbitrage. Contrairement,

⁷⁹ Jean CARBONNIER, *Droit civil les obligations*, tome 4, 22^e éd, Thémis, presses universitaires de France, (PUF), 2000, p.71.

dans la jurisprudence française il existe de nombreux arrêts importants relatifs à certaines questions au cours de la période précontractuelle. Ces arrêts consacraient certains principes d'organisation de cette période et apportaient des solutions équitables à de nombreux conflits. L'importance de ces arrêts a conduit le législateur français à s'inspirer de certaines d'entre elles dans l'ordonnance de 2016.

30. En droit égyptien, le régime de la période précontractuelle n'est pas réglementé par le Code civil jusqu'à présent. En outre, aucune tentative doctrinale ou législative n'a essayé de codifier la période précontractuelle ou d'autres sujets dans le Code civil égyptien depuis 1948. Au contraire, cette période a fait l'objet de nombreuses tentatives en droit français pour la codifier. Par exemple la période est réglementée dans les projets de réforme français, comme le projet Catala, le projet Terré et le projet de la Chancellerie de 2015. Au milieu de tous ces projets importants, le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats le 10 février 2016 a été adopté par le législateur français. Le Rapport au Président de la République, relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a annoncé que les objectifs de la réforme sont « *la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures. A ce titre, afin de moderniser, de simplifier, d'améliorer la lisibilité, de renforcer l'accessibilité du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve, de garantir la sécurité juridique et l'efficacité de la norme* ». De ce fait, l'ordonnance a consacré la période précontractuelle dans le Code civil français en insérant dans le chapitre 2 « la formation du contrat » dont la section 1 « la conclusion du contrat » renvoie par sous-sections. Sous-section 1 « les négociations » (l'article 1112) ; sous-section 2 « l'offre et l'acceptation » (les articles 1113 à 1122) ; sous-section 3 « le pacte de préférence et la promesse unilatérale » (les articles 1123 à 1124). On peut noter que l'ordonnance hiérarchise en quelque sorte les étapes de la formation du contrat : les négociations précontractuelles, l'invitation à entrer en négociation ou l'émission d'une offre, la conclusion d'un contrat préparatoire ou d'un contrat définitif.

31. Le droit égyptien était fortement influencé par le droit français. Le Code civil égyptien de 1948 avait suivi le modèle du Code civil français de 1804. Dès lors, il faut moderniser le Code civil égyptien à la lumière du Code civil français actuel. Le législateur égyptien doit compléter le travail commencé par la génération d'Al Sanhoury et développer le Code civil égyptien, en s'inspirant des normes les plus progressistes, modernes de l'ordonnance de 2016. En suivant cette voie, on pourrait donner au juge égyptien un exemple législatif moderne qui pourrait servir de modèle pour les autres pays arabes.

32. En effet, le législateur français a mentionné la période précontractuelle à travers certains textes par l'ordonnance de 2016. La problématique fondamentale qui se pose : Ces textes sont-ils suffisants pour considérer que le législateur français a consacré un cadre juridique ou une théorie générale à cette période précontractuelle ? Le législateur égyptien doit-il adopter ou s'inspirer de ces textes dans son Code civil ?

33. La thèse se veut une continuation de la tradition d'inspiration et de coopération civiliste franco-égyptienne. Le but ne se résume pas à exposer les notions et les dispositions comparées. Premièrement, l'objet de cette étude est d'analyser les régimes existants, c'est-à-dire les ressemblances et les dissemblances entre la formation du contrat progressive dans le droit français et égyptien. Deuxièmement, d'analyser l'évolution récente du droit civil français de la période précontractuelle, et ceci à la lumière de la réforme du Code civil français de 2016. Par le terme « comparée » on a voulu mettre l'accent sur les tendances doctrinales et jurisprudentielles dans le droit français et égyptien afin de clarifier la particularité juridique de chaque régime national, de souligner l'étendue de l'harmonisation entre le droit civil français et le droit civil égyptien. Plus concrètement, l'étude s'inscrit dans une démarche systématique et rationnelle divisée en fonction de la chronologie de la période précontractuelle. De ce fait, on procédera à une comparaison verticale pour la période précontractuelle basée sur deux phases : la première apparaît sous forme plus « informelle⁸⁰ ou non contractuelle » qui se dénommera les négociations précontractuelles en droit français et égyptien (développée en partie 1). Dans cette première partie de la thèse,

⁸⁰ Hugues KENFACK, Solène RINGLER, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 2017, p.22.

on présentera le chemin de codification des négociations précontractuelles. La présentation aborde dans un premier temps, la détermination des négociations précontractuelles, et dans un second temps, elle évoque les principes régulateurs des négociations précontractuelles. Ensuite, on étudiera le problème fondamental dans cette période : la rupture des négociations précontractuelles. Ceci afin de mettre fin à la controverse quant à la nature de la responsabilité précontractuelle et de déterminer les conditions de mise en œuvre de la responsabilité précontractuelle. La deuxième phase se présente sous une forme plus « formelle ou contractuelle » : Les contrats préparatoires en droit français et égyptien (développée en partie 2). La deuxième partie de la thèse porte sur les contrats préparatoires. La présentation aborde dans un premier temps la détermination de la notion de contrats préparatoires et, dans un second temps, la formation du contrat préparatoire. Enfin, on analysera les deux contrats préparatoires codifiés par le législateur français de manière révolutionnaire dans son Code civil : le pacte de préférence et la promesse de contrat.

PARTIE 1 : LES NEGOCIATIONS PRECONTRACTUELLES EN DROIT FRANÇAIS ET ÉGYP TIEN

34. Aujourd'hui, il apparaît clairement que les négociations précontractuelles occupent une place primordiale dans les relations contractuelles et la vie du contrat au XXI^e siècle. Par conséquent, le législateur français a codifié ces négociations précontractuelles par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, qui est très importante dans la pratique. Cependant, le législateur égyptien a négligé complètement cette période des négociations précontractuelles, comme c'était le cas dans le Code civil français avant l'ordonnance. De ce fait, la doctrine et la jurisprudence essayent combler ce vide de législatif en apportant des opinions et des solutions pouvant réglementer cette phase. Il semble donc nécessaire d'examiner ces dernières modifications législatives françaises et les solutions doctrinales et jurisprudentielles apportées dans les deux systèmes juridiques afin de les comparer, de les évaluer et de les analyser. L'ordonnance soulève également plusieurs questions : est-ce que les modifications du Code civil en 2016 relatives aux négociations précontractuelles sont suffisamment satisfaisantes pour la doctrine et le système judiciaire en France et en Égypte ? Faut-il que le législateur égyptien adopte ces modifications ? L'ordonnance a-t-elle identifié les négociations précontractuelles ? Les négociations précontractuelles ont-elles le même concept en France et en Égypte ? Les négociations précontractuelles ont-elles le même cadre juridique en France et en Égypte ? Quels sont les obligations et les droits des négociateurs dans cette phase non contractuelle ? Ces obligations sont-elles similaires en France et en Égypte ? De plus, il arrive parfois que les négociations précontractuelles soient rompues, ce qui conduit donc à chercher la nature et les conditions de la responsabilité dans ce cas. La question qui découle donc est : l'ordonnance a-t-elle apporté des solutions au problème de la rupture des négociations précontractuelles ? Afin de répondre à ces questions, il semble approprié de diviser la première partie en deux titres : en premier lieu, vers la codification de la phase de négociations précontractuelles (Titre 1). En deuxième lieu, la responsabilité précontractuelle à la suite de la rupture des négociations précontractuelles (Titre 2).

Titre 1 : Vers la codification de la phase de négociations précontractuelles

35. Le point de départ pendant la phase précontractuelle est les négociations précontractuelles entre les pré-contractants afin de conclure le contrat définitif. Les négociations précontractuelles jouent un rôle primordial dans la convergence de points de vue, entre les négociateurs surtout d'un contrat international lorsque ces pré-contractants appartiennent à différents systèmes juridiques et à différentes cultures. Il est évident que l'importance des négociations précontractuelles se traduit par l'établissement d'un mécanisme de débats pour définir un cadre matériel et procédural intégrant les droits et les obligations des pré-contractants lors de la négociation, ce qui pourrait déterminer facilement la responsabilité de la partie fautive. Bien qu'il n'y ait pas de lien contractuel entre les pré-contractants, cela ne signifie pas que cette phase est libre de tout principe et obligation régissant les relations des négociateurs. Ces principes et obligations ont évolué grâce à la doctrine et la jurisprudence en France et en Égypte jusqu'à leur codification finalement par le législateur français. Ainsi, les négociations précontractuelles permettent aux pré-contractants de mieux préparer le contrat proposé et donc de forger un consentement plus solide. C'est la raison pour laquelle les négociations précontractuelles peuvent permettre d'éviter la rupture du contrat sur le fondement des vices du consentement⁸¹. Nul ne doute que les négociations précontractuelles sont une expression sincère de l'application pratique du principe de la liberté contractuelle, lorsque les pré-contractants négocient en échangeant leurs visions et débattent afin de concilier des intérêts contradictoires, pour arriver finalement à concrétiser un contrat adapté à toutes les parties. Cela conduit à la question de savoir ce que signifient exactement ces négociations, et quels sont ces obligations et principes que les négociateurs doivent respecter. Il convient donc d'identifier de manière précise quelle est cette période des négociations précontractuelles ? La détermination des négociations précontractuelles (Chapitre 1). Avant de s'intéresser aux droits et les obligations régulant les négociations précontractuelles (Chapitre 2).

⁸¹ Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat, op.cit.*, n°133 ; V. Cass. Com., 27 mai 1997, n° 95-16.622 ; Cass. 1^{re} ch, civ., 2 avril 1997, n° 95-15.847.

Chapitre 1 : La détermination des négociations précontractuelles

36. Les négociations précontractuelles sont devenues une étape importante et nécessaire dans la vie du futur contrat, car elles précèdent souvent la conclusion de contrats importants et complexes dans le monde des affaires. Ainsi, les négociations et les pourparlers sont considérés comme l'un des plus importants outils pour les négociateurs dans le but de trouver des solutions satisfaisantes pour eux sur certaines questions fondamentales, telles que le prix et les étapes de mise en œuvre, etc. Par conséquent, afin de mieux comprendre ces négociations, et en vue de décrypter l'ambiguïté de cette phase, il est nécessaire de définir leur concept et de connaître le mécanisme de ces négociations dans le droit français et égyptien. Que signifient précisément les négociations précontractuelles ? Ont-elles une définition juridique identique pour les juristes français et égyptiens ? Les négociations sont-elles vraiment synonymes des pourparlers ou elles sont différentes ? De plus, le mécanisme d'entamer et de terminer les négociations soulève de nombreuses questions. Ce mécanisme est-il similaire à d'autres notions telles que l'offre et l'acceptation. Est-ce que les négociations précontractuelles contiennent l'offre et l'acceptation d'une manière classique ou bien d'une façon particulière ? En cas de réponse positive, quelle est cette façon particulière ? Comment peut-on entrer en négociations précontractuelles ? Comment finissent-elles ? Pour répondre à ces questions, il convient donc, en premier lieu, de délimiter clairement le concept des négociations précontractuelles (Section 1), avant de voir les difficultés que l'on rencontre au sujet de la conduite des négociations précontractuelles (Section 2).

Section 1 : Le concept des négociations précontractuelles

37. En dépit de l'importance des négociations précontractuelles, le législateur français et son homologue égyptien ne définissent pas ces négociations. Par conséquent, la doctrine en France et en Égypte a essayé d'établir une notion pour ces négociations. Y a-t-il une notion précise pour les négociations précontractuelles convenue dans la doctrine ? Les négociations précontractuelles ont-elles la même définition dans la doctrine française et égyptienne ? Ces questions soulèvent des difficultés, notamment la confusion entre la notion des négociations précontractuelles et la notion des pourparlers. Cette confusion

conduit à bien d'autres questions. Est-ce que les négociations précontractuelles et les pourparlers sont deux concepts différents, ou sont-ils la même notion ? Afin d'apporter des réponses à ces questions, dans un premier temps, il convient d'axer la notion des négociations précontractuelles (Sous-section 1). Puis dans un second temps, il convient d'examiner la différence entre la notion des négociations précontractuelles et la notion des pourparlers (Sous-section 2).

Sous-section 1 : La notion des négociations précontractuelles

38. De façon générale, la période précontractuelle est une période au cours de laquelle une ou plusieurs personnes vont se rapprocher dans le but de préparer la conclusion d'un futur contrat dont elles vont envisager ensemble le contenu et les modalités. La période précontractuelle s'impose souvent, elle privilégie aujourd'hui une formation plus graduelle faite d'étapes, d'avancées successives afin d'arriver au contrat définitif. On parle de *punctuation*⁸² par référence à une théorie allemande. En pratique, les négociations précontractuelles sont souvent longues et complexes. Afin de conclure le contrat projeté, les négociateurs doivent entrer dans un processus de formation lent et progressif composé de diverses études préalables telles que l'obtention des concours nécessaires de la part des tiers sur le plan du financement, les rapports techniques et les consultations juridiques, en vue de s'entendre sur le meilleur cadre juridique de leurs rapports et de fixer avec précision leurs droits et obligations respectives⁸³. Du fait de la multiplicité et la diversité des faits matériels et juridiques effectués par les négociateurs, il est parfois difficile de déterminer de façon précise ce qu'est exactement la notion des négociations précontractuelles.

39. Dans la langue française le mot négociation vient du mot latin « *negotatio* », qui signifie l'action de négocier, de discuter les affaires communes entre des parties en vue d'un accord, son synonyme étant pourparlers. Les

⁸² La punctuation est un terme de droit allemand des contrats, issu du mot allemand Punctuation. Elle désigne une pratique juridique qui consiste à élaborer, point par point, un contrat, par le moyen d'accords partiels. La conclusion du contrat est donc étalée dans le temps.

⁸³ Luiz Fernando KUYVEN, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : Fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation*, op.cit., p.20.

négociations précontractuelles s'assimilent un mouvement dialectique⁸⁴. À ce titre, il faut examiner les tentatives de la doctrine française en vue de définir les négociations. D'une part, dans le lexique des termes juridiques la négociation est définie comme « *discussion en vue d'aboutir à un accord* »⁸⁵. Selon Cornu, les négociations sont « *un total d'opérations des pourparlers préliminaires, des consultations et des échanges de vues avec l'objectif de parvenir à un accord* »⁸⁶. D'autre part, de l'avis des autres auteurs, les négociations précontractuelles désigne la « période exploratoire » durant laquelle les futurs contractants échangent leurs points de vue, formulent et discutent les propositions qu'ils se font mutuellement afin de déterminer le contenu du contrat, sans être pour autant assurés de le conclure⁸⁷. Aussi, la négociation consiste en un ensemble d'échanges qui précèdent la formation de l'accord, en vue d'identifier, puis de résoudre les problèmes que posera la relation économique envisagée, et d'accorder, par la suite, les volontés des intéressés sur la discipline que constitue le contrat⁸⁸.

40. La négociation en langue arabe se traduit de la façon suivante : « *c'est l'échange des consentements avec les parties prenantes, afin de parvenir à une convention ou un accord futur* »⁸⁹. Les négociations précontractuelles représentent une étape préliminaire où les futures parties entrent pour la première fois en contact. Il s'agit plus simplement de la phase qui précède la formation du contrat ou seulement un désir d'en arriver à une convention. En entrant en négociations précontractuelles les pré-contractants commencent une période d'exploration. Ils échangent des propositions, des conditions particulières du

⁸⁴ Bertrand FAGES, *Droit des obligations*, 7^e éd, Manuels, LGDJ, Lextenso, 2017, p.67.

⁸⁵ Serge GUINCHARD, Thierry DEBARD, (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd, DALLOZ, 2017-2018, p.752.

⁸⁶ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 12^e éd, 2018, p.683.

⁸⁷ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op.cit.*, n°184, p.190.

⁸⁸ Jean-Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL, Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat*, éditions Francis Lefebvre, 2001, p.24.

⁸⁹ Lexique Al Waseet, Académie de la langue arabe, Al chourouk International Library, 2012, p.706.

contrat définitif, des conditions pour les processus de négociations⁹⁰. Certains auteurs définissent les négociations comme « *un contrat issu d'un gage selon lequel les parties s'engagent à entamer des négociations, d'un suivi ou des ajustements conduisant à la conclusion d'un contrat futur* »⁹¹. On ne peut pas partager cette définition, car elle a considéré les négociations précontractuelles comme un contrat. Ceci n'est pas exact, puisqu'il n'y a pas de relation contractuelle entre les négociateurs à ce stade. Il semble que l'auteur de cette opinion a défini ici le contrat de négociation et non les négociations précontractuelles.

41. Il faut souligner que le droit islamique a traité l'idée des négociations précontractuelles mais sans prêter attention à l'élaboration d'une définition précise de celles-ci⁹². On peut affirmer que la facilité de réaliser des transactions commerciales était parmi les raisons justifiant le désintérêt des juristes musulmans classiques pour définir les négociations précontractuelles. Cependant, certains auteurs du droit islamique ont essayé d'identifier les négociations précontractuelles et les principes généraux qui régissent cette période. Dans ce contexte, selon certains auteurs les négociations précontractuelles comprennent tous les faits juridiques et tous les actes juridiques durant la période précontractuelle, menées par les pré-contractants afin de conclure d'un contrat satisfaisant et équilibré⁹³. Dans la doctrine islamique, la notion des négociations précontractuelles peut également s'étendre aux propositions initiales d'une partie telles que la déclaration de volonté de contracter, qui ne constitue pas une offre, les contre-propositions qui peuvent être faites par l'autre partie et les discussions

⁹⁰ Mohamed Hussein Abd EL-ALL, *Les Conventions des Négociations contractuelles*, Dar Al Nahda Al Arabya 1998, p.10.

⁹¹ Ahmed SALAMA, *Les négociations de contrats internationaux*, Dar Al Nahda Al Arabya, 2011, p.98; Voir aussi, Mohamed Hassan KASSEM, *Les étapes de la négociation dans le contrat*, Dar El gamma El Gadida, 2002, p.187.

⁹² Sabri Hamad KAHTER, *La rupture des négociations contractuelles*, recherche publiée dans le Journal de l'université de Nahrain, vol 1, Bagdad, 1997, p.120 ; Voir aussi, Jaber Abdul HADI, *La formation du contrat*, « *Majalas alakad* », Dar Al jamaa EL jadida, Alexandrie, 2001.

⁹³ Hamdi BAROUD, *Les principes régissant la négociation des contrats internationaux pour le transfert de technologie*, revue de l'université Al-Azhar, la faculté de droit, vol 16, 2008, p.841.

verbales ou écrites directes ou indirectes⁹⁴. Donc, on peut en déduire que la doctrine islamique était désireuse d'élargir le plus possible le concept des négociations précontractuelles afin d'inclure tout acte juridique qui ouvre la voie au contrat final.

***Sous-section 2 : La différence entre la notion des négociations
précontractuelles et la notion des pourparlers***

42. Après avoir défini la notion des négociations précontractuelles dans le droit français et égyptien, il convient de clarifier la différence entre la notion des négociations précontractuelles et d'autres notions surtout celle des pourparlers.

43. Comment peut-on définir les pourparlers⁹⁵ ? Premièrement, les pourparlers en langue française sont un nom masculin pluriel, désignant un entretien préalable à un traité et a pour synonymes : conversation, débats, dialogue, discussions, échanges de vues, négociations, tractations préliminaires⁹⁶. Dans le même sens le dictionnaire juridique a défini les pourparlers en disant qu'il s'agit d'un « *entretien préalable à la conclusion d'une convention ou d'un accord et discussion destinée à mettre un terme à un litige* »⁹⁷. Ainsi, les pourparlers sont définis par le doyen Carbonnier comme « *la phase préliminaire où les clauses du contrat sont étudiées et discutées. Il n'y a pas eu de contrats formés, il se peut même qu'il n'y ait pas eu encore d'offre de contracter prête à être acceptée telle quelle, seulement des propositions et des contre-propositions* »⁹⁸. De même, selon certains auteurs « *les pourparlers désignent la période au cours de laquelle deux ou plusieurs personnes se rapprochent en vue de négocier la conclusion d'un futur contrat dont elles envisagent ensemble le contenu et les modalités* »⁹⁹. Également, les pourparlers sont une « *discussion entre personnes explorant la*

⁹⁴ Anwar SULTAN, *La Théorie générale des obligations*, Dar Al Nahda Al Arabya, 1983, p.66.

⁹⁵ Étymologiquement de l'ancien verbe, composé de (pour), et (parler).

⁹⁶ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, op.cit., p.782.

⁹⁷ Pierr Catherine PUIGELIER, *Dictionnaire juridique*, Larcier, Collection Paradigme, 2017, n° 4401, p.789.

⁹⁸ Jean CARBONNIER, *Droit civil les obligations*, op.cit., p.77. ¹¹¹ ¹¹² ¹¹³ ¹¹⁴ ¹¹⁵ ¹¹⁶ ¹¹⁷ ¹¹⁸ ¹¹⁹ ¹²⁰ ¹²¹ ¹²² ¹²³ ¹²⁴ ¹²⁵ ¹²⁶ ¹²⁷ ¹²⁸ ¹²⁹ ¹³⁰ ¹³¹ ¹³² ¹³³ ¹³⁴ ¹³⁵ ¹³⁶ ¹³⁷ ¹³⁸ ¹³⁹ ¹⁴⁰ ¹⁴¹ ¹⁴² ¹⁴³ ¹⁴⁴ ¹⁴⁵ ¹⁴⁶ ¹⁴⁷ ¹⁴⁸ ¹⁴⁹ ¹⁵⁰ ¹⁵¹ ¹⁵² ¹⁵³ ¹⁵⁴ ¹⁵⁵ ¹⁵⁶ ¹⁵⁷ ¹⁵⁸ ¹⁵⁹ ¹⁶⁰ ¹⁶¹ ¹⁶² ¹⁶³ ¹⁶⁴ ¹⁶⁵ ¹⁶⁶ ¹⁶⁷ ¹⁶⁸ ¹⁶⁹ ¹⁷⁰ ¹⁷¹ ¹⁷² ¹⁷³ ¹⁷⁴ ¹⁷⁵ ¹⁷⁶ ¹⁷⁷ ¹⁷⁸ ¹⁷⁹ ¹⁸⁰ ¹⁸¹ ¹⁸² ¹⁸³ ¹⁸⁴ ¹⁸⁵ ¹⁸⁶ ¹⁸⁷ ¹⁸⁸ ¹⁸⁹ ¹⁹⁰ ¹⁹¹ ¹⁹² ¹⁹³ ¹⁹⁴ ¹⁹⁵ ¹⁹⁶ ¹⁹⁷ ¹⁹⁸ ¹⁹⁹ ²⁰⁰ ²⁰¹ ²⁰² ²⁰³ ²⁰⁴ ²⁰⁵ ²⁰⁶ ²⁰⁷ ²⁰⁸ ²⁰⁹ ²¹⁰ ²¹¹ ²¹² ²¹³ ²¹⁴ ²¹⁵ ²¹⁶ ²¹⁷ ²¹⁸ ²¹⁹ ²²⁰ ²²¹ ²²² ²²³ ²²⁴ ²²⁵ ²²⁶ ²²⁷ ²²⁸ ²²⁹ ²³⁰ ²³¹ ²³² ²³³ ²³⁴ ²³⁵ ²³⁶ ²³⁷ ²³⁸ ²³⁹ ²⁴⁰ ²⁴¹ ²⁴² ²⁴³ ²⁴⁴ ²⁴⁵ ²⁴⁶ ²⁴⁷ ²⁴⁸ ²⁴⁹ ²⁵⁰ ²⁵¹ ²⁵² ²⁵³ ²⁵⁴ ²⁵⁵ ²⁵⁶ ²⁵⁷ ²⁵⁸ ²⁵⁹ ²⁶⁰ ²⁶¹ ²⁶² ²⁶³ ²⁶⁴ ²⁶⁵ ²⁶⁶ ²⁶⁷ ²⁶⁸ ²⁶⁹ ²⁷⁰ ²⁷¹ ²⁷² ²⁷³ ²⁷⁴ ²⁷⁵ ²⁷⁶ ²⁷⁷ ²⁷⁸ ²⁷⁹ ²⁸⁰ ²⁸¹ ²⁸² ²⁸³ ²⁸⁴ ²⁸⁵ ²⁸⁶ ²⁸⁷ ²⁸⁸ ²⁸⁹ ²⁹⁰ ²⁹¹ ²⁹² ²⁹³ ²⁹⁴ ²⁹⁵ ²⁹⁶ ²⁹⁷ ²⁹⁸ ²⁹⁹ ³⁰⁰ ³⁰¹ ³⁰² ³⁰³ ³⁰⁴ ³⁰⁵ ³⁰⁶ ³⁰⁷ ³⁰⁸ ³⁰⁹ ³¹⁰ ³¹¹ ³¹² ³¹³ ³¹⁴ ³¹⁵ ³¹⁶ ³¹⁷ ³¹⁸ ³¹⁹ ³²⁰ ³²¹ ³²² ³²³ ³²⁴ ³²⁵ ³²⁶ ³²⁷ ³²⁸ ³²⁹ ³³⁰ ³³¹ ³³² ³³³ ³³⁴ ³³⁵ ³³⁶ ³³⁷ ³³⁸ ³³⁹ ³⁴⁰ ³⁴¹ ³⁴² ³⁴³ ³⁴⁴ ³⁴⁵ ³⁴⁶ ³⁴⁷ ³⁴⁸ ³⁴⁹ ³⁵⁰ ³⁵¹ ³⁵² ³⁵³ ³⁵⁴ ³⁵⁵ ³⁵⁶ ³⁵⁷ ³⁵⁸ ³⁵⁹ ³⁶⁰ ³⁶¹ ³⁶² ³⁶³ ³⁶⁴ ³⁶⁵ ³⁶⁶ ³⁶⁷ ³⁶⁸ ³⁶⁹ ³⁷⁰ ³⁷¹ ³⁷² ³⁷³ ³⁷⁴ ³⁷⁵ ³⁷⁶ ³⁷⁷ ³⁷⁸ ³⁷⁹ ³⁸⁰ ³⁸¹ ³⁸² ³⁸³ ³⁸⁴ ³⁸⁵ ³⁸⁶ ³⁸⁷ ³⁸⁸ ³⁸⁹ ³⁹⁰ ³⁹¹ ³⁹² ³⁹³ ³⁹⁴ ³⁹⁵ ³⁹⁶ ³⁹⁷ ³⁹⁸ ³⁹⁹ ⁴⁰⁰ ⁴⁰¹ ⁴⁰² ⁴⁰³ ⁴⁰⁴ ⁴⁰⁵ ⁴⁰⁶ ⁴⁰⁷ ⁴⁰⁸ ⁴⁰⁹ ⁴¹⁰ ⁴¹¹ ⁴¹² ⁴¹³ ⁴¹⁴ ⁴¹⁵ ⁴¹⁶ ⁴¹⁷ ⁴¹⁸ ⁴¹⁹ ⁴²⁰ ⁴²¹ ⁴²² ⁴²³ ⁴²⁴ ⁴²⁵ ⁴²⁶ ⁴²⁷ ⁴²⁸ ⁴²⁹ ⁴³⁰ ⁴³¹ ⁴³² ⁴³³ ⁴³⁴ ⁴³⁵ ⁴³⁶ ⁴³⁷ ⁴³⁸ ⁴³⁹ ⁴⁴⁰ ⁴⁴¹ ⁴⁴² ⁴⁴³ ⁴⁴⁴ ⁴⁴⁵ ⁴⁴⁶ ⁴⁴⁷ ⁴⁴⁸ ⁴⁴⁹ ⁴⁵⁰ ⁴⁵¹ ⁴⁵² ⁴⁵³ ⁴⁵⁴ ⁴⁵⁵ ⁴⁵⁶ ⁴⁵⁷ ⁴⁵⁸ ⁴⁵⁹ ⁴⁶⁰ ⁴⁶¹ ⁴⁶² ⁴⁶³ ⁴⁶⁴ ⁴⁶⁵ ⁴⁶⁶ ⁴⁶⁷ ⁴⁶⁸ ⁴⁶⁹ ⁴⁷⁰ ⁴⁷¹ ⁴⁷² ⁴⁷³ ⁴⁷⁴ ⁴⁷⁵ ⁴⁷⁶ ⁴⁷⁷ ⁴⁷⁸ ⁴⁷⁹ ⁴⁸⁰ ⁴⁸¹ ⁴⁸² ⁴⁸³ ⁴⁸⁴ ⁴⁸⁵ ⁴⁸⁶ ⁴⁸⁷ ⁴⁸⁸ ⁴⁸⁹ ⁴⁹⁰ ⁴⁹¹ ⁴⁹² ⁴⁹³ ⁴⁹⁴ ⁴⁹⁵ ⁴⁹⁶ ⁴⁹⁷ ⁴⁹⁸ ⁴⁹⁹ ⁵⁰⁰ ⁵⁰¹ ⁵⁰² ⁵⁰³ ⁵⁰⁴ ⁵⁰⁵ ⁵⁰⁶ ⁵⁰⁷ ⁵⁰⁸ ⁵⁰⁹ ⁵¹⁰ ⁵¹¹ ⁵¹² ⁵¹³ ⁵¹⁴ ⁵¹⁵ ⁵¹⁶ ⁵¹⁷ ⁵¹⁸ ⁵¹⁹ ⁵²⁰ ⁵²¹ ⁵²² ⁵²³ ⁵²⁴ ⁵²⁵ ⁵²⁶ ⁵²⁷ ⁵²⁸ ⁵²⁹ ⁵³⁰ ⁵³¹ ⁵³² ⁵³³ ⁵³⁴ ⁵³⁵ ⁵³⁶ ⁵³⁷ ⁵³⁸ ⁵³⁹ ⁵⁴⁰ ⁵⁴¹ ⁵⁴² ⁵⁴³ ⁵⁴⁴ ⁵⁴⁵ ⁵⁴⁶ ⁵⁴⁷ ⁵⁴⁸ ⁵⁴⁹ ⁵⁵⁰ ⁵⁵¹ ⁵⁵² ⁵⁵³ ⁵⁵⁴ ⁵⁵⁵ ⁵⁵⁶ ⁵⁵⁷ ⁵⁵⁸ ⁵⁵⁹ ⁵⁶⁰ ⁵⁶¹ ⁵⁶² ⁵⁶³ ⁵⁶⁴ ⁵⁶⁵ ⁵⁶⁶ ⁵⁶⁷ ⁵⁶⁸ ⁵⁶⁹ ⁵⁷⁰ ⁵⁷¹ ⁵⁷² ⁵⁷³ ⁵⁷⁴ ⁵⁷⁵ ⁵⁷⁶ ⁵⁷⁷ ⁵⁷⁸ ⁵⁷⁹ ⁵⁸⁰ ⁵⁸¹ ⁵⁸² ⁵⁸³ ⁵⁸⁴ ⁵⁸⁵ ⁵⁸⁶ ⁵⁸⁷ ⁵⁸⁸ ⁵⁸⁹ ⁵⁹⁰ ⁵⁹¹ ⁵⁹² ⁵⁹³ ⁵⁹⁴ ⁵⁹⁵ ⁵⁹⁶ ⁵⁹⁷ ⁵⁹⁸ ⁵⁹⁹ ⁶⁰⁰ ⁶⁰¹ ⁶⁰² ⁶⁰³ ⁶⁰⁴ ⁶⁰⁵ ⁶⁰⁶ ⁶⁰⁷ ⁶⁰⁸ ⁶⁰⁹ ⁶¹⁰ ⁶¹¹ ⁶¹² ⁶¹³ ⁶¹⁴ ⁶¹⁵ ⁶¹⁶ ⁶¹⁷ ⁶¹⁸ ⁶¹⁹ ⁶²⁰ ⁶²¹ ⁶²² ⁶²³ ⁶²⁴ ⁶²⁵ ⁶²⁶ ⁶²⁷ ⁶²⁸ ⁶²⁹ ⁶³⁰ ⁶³¹ ⁶³² ⁶³³ ⁶³⁴ ⁶³⁵ ⁶³⁶ ⁶³⁷ ⁶³⁸ ⁶³⁹ ⁶⁴⁰ ⁶⁴¹ ⁶⁴² ⁶⁴³ ⁶⁴⁴ ⁶⁴⁵ ⁶⁴⁶ ⁶⁴⁷ ⁶⁴⁸ ⁶⁴⁹ ⁶⁵⁰ ⁶⁵¹ ⁶⁵² ⁶⁵³ ⁶⁵⁴ ⁶⁵⁵ ⁶⁵⁶ ⁶⁵⁷ ⁶⁵⁸ ⁶⁵⁹ ⁶⁶⁰ ⁶⁶¹ ⁶⁶² ⁶⁶³ ⁶⁶⁴ ⁶⁶⁵ ⁶⁶⁶ ⁶⁶⁷ ⁶⁶⁸ ⁶⁶⁹ ⁶⁷⁰ ⁶⁷¹ ⁶⁷² ⁶⁷³ ⁶⁷⁴ ⁶⁷⁵ ⁶⁷⁶ ⁶⁷⁷ ⁶⁷⁸ ⁶⁷⁹ ⁶⁸⁰ ⁶⁸¹ ⁶⁸² ⁶⁸³ ⁶⁸⁴ ⁶⁸⁵ ⁶⁸⁶ ⁶⁸⁷ ⁶⁸⁸ ⁶⁸⁹ ⁶⁹⁰ ⁶⁹¹ ⁶⁹² ⁶⁹³ ⁶⁹⁴ ⁶⁹⁵ ⁶⁹⁶ ⁶⁹⁷ ⁶⁹⁸ ⁶⁹⁹ ⁷⁰⁰ ⁷⁰¹ ⁷⁰² ⁷⁰³ ⁷⁰⁴ ⁷⁰⁵ ⁷⁰⁶ ⁷⁰⁷ ⁷⁰⁸ ⁷⁰⁹ ⁷¹⁰ ⁷¹¹ ⁷¹² ⁷¹³ ⁷¹⁴ ⁷¹⁵ ⁷¹⁶ ⁷¹⁷ ⁷¹⁸ ⁷¹⁹ ⁷²⁰ ⁷²¹ ⁷²² ⁷²³ ⁷²⁴ ⁷²⁵ ⁷²⁶ ⁷²⁷ ⁷²⁸ ⁷²⁹ ⁷³⁰ ⁷³¹ ⁷³² ⁷³³ ⁷³⁴ ⁷³⁵ ⁷³⁶ ⁷³⁷ ⁷³⁸ ⁷³⁹ ⁷⁴⁰ ⁷⁴¹ ⁷⁴² ⁷⁴³ ⁷⁴⁴ ⁷⁴⁵ ⁷⁴⁶ ⁷⁴⁷ ⁷⁴⁸ ⁷⁴⁹ ⁷⁵⁰ ⁷⁵¹ ⁷⁵² ⁷⁵³ ⁷⁵⁴ ⁷⁵⁵ ⁷⁵⁶ ⁷⁵⁷ ⁷⁵⁸ ⁷⁵⁹ ⁷⁶⁰ ⁷⁶¹ ⁷⁶² ⁷⁶³ ⁷⁶⁴ ⁷⁶⁵ ⁷⁶⁶ ⁷⁶⁷ ⁷⁶⁸ ⁷⁶⁹ ⁷⁷⁰ ⁷⁷¹ ⁷⁷² ⁷⁷³ ⁷⁷⁴ ⁷⁷⁵ ⁷⁷⁶ ⁷⁷⁷ ⁷⁷⁸ ⁷⁷⁹ ⁷⁸⁰ ⁷⁸¹ ⁷⁸² ⁷⁸³ ⁷⁸⁴ ⁷⁸⁵ ⁷⁸⁶ ⁷⁸⁷ ⁷⁸⁸ ⁷⁸⁹ ⁷⁹⁰ ⁷⁹¹ ⁷⁹² ⁷⁹³ ⁷⁹⁴ ⁷⁹⁵ ⁷⁹⁶ ⁷⁹⁷ ⁷⁹⁸ ⁷⁹⁹ ⁸⁰⁰ ⁸⁰¹ ⁸⁰² ⁸⁰³ ⁸⁰⁴ ⁸⁰⁵ ⁸⁰⁶ ⁸⁰⁷ ⁸⁰⁸ ⁸⁰⁹ ⁸¹⁰ ⁸¹¹ ⁸¹² ⁸¹³ ⁸¹⁴ ⁸¹⁵ ⁸¹⁶ ⁸¹⁷ ⁸¹⁸ ⁸¹⁹ ⁸²⁰ ⁸²¹ ⁸²² ⁸²³ ⁸²⁴ ⁸²⁵ ⁸²⁶ ⁸²⁷ ⁸²⁸ ⁸²⁹ ⁸³⁰ ⁸³¹ ⁸³² ⁸³³ ⁸³⁴ ⁸³⁵ ⁸³⁶ ⁸³⁷ ⁸³⁸ ⁸³⁹ ⁸⁴⁰ ⁸⁴¹ ⁸⁴² ⁸⁴³ ⁸⁴⁴ ⁸⁴⁵ ⁸⁴⁶ ⁸⁴⁷ ⁸⁴⁸ ⁸⁴⁹ ⁸⁵⁰ ⁸⁵¹ ⁸⁵² ⁸⁵³ ⁸⁵⁴ ⁸⁵⁵ ⁸⁵⁶ ⁸⁵⁷ ⁸⁵⁸ ⁸⁵⁹ ⁸⁶⁰ ⁸⁶¹ ⁸⁶² ⁸⁶³ ⁸⁶⁴ ⁸⁶⁵ ⁸⁶⁶ ⁸⁶⁷ ⁸⁶⁸ ⁸⁶⁹ ⁸⁷⁰ ⁸⁷¹ ⁸⁷² ⁸⁷³ ⁸⁷⁴ ⁸⁷⁵ ⁸⁷⁶ ⁸⁷⁷ ⁸⁷⁸ ⁸⁷⁹ ⁸⁸⁰ ⁸⁸¹ ⁸⁸² ⁸⁸³ ⁸⁸⁴ ⁸⁸⁵ ⁸⁸⁶ ⁸⁸⁷ ⁸⁸⁸ ⁸⁸⁹ ⁸⁹⁰ ⁸⁹¹ ⁸⁹² ⁸⁹³ ⁸⁹⁴ ⁸⁹⁵ ⁸⁹⁶ ⁸⁹⁷ ⁸⁹⁸ ⁸⁹⁹ ⁹⁰⁰ ⁹⁰¹ ⁹⁰² ⁹⁰³ ⁹⁰⁴ ⁹⁰⁵ ⁹⁰⁶ ⁹⁰⁷ ⁹⁰⁸ ⁹⁰⁹ ⁹¹⁰ ⁹¹¹ ⁹¹² ⁹¹³ ⁹¹⁴ ⁹¹⁵ ⁹¹⁶ ⁹¹⁷ ⁹¹⁸ ⁹¹⁹ ⁹²⁰ ⁹²¹ ⁹²² ⁹²³ ⁹²⁴ ⁹²⁵ ⁹²⁶ ⁹²⁷ ⁹²⁸ ⁹²⁹ ⁹³⁰ ⁹³¹ ⁹³² ⁹³³ ⁹³⁴ ⁹³⁵ ⁹³⁶ ⁹³⁷ ⁹³⁸ ⁹³⁹ ⁹⁴⁰ ⁹⁴¹ ⁹⁴² ⁹⁴³ ⁹⁴⁴ ⁹⁴⁵ ⁹⁴⁶ ⁹⁴⁷ ⁹⁴⁸ ⁹⁴⁹ ⁹⁵⁰ ⁹⁵¹ ⁹⁵² ⁹⁵³ ⁹⁵⁴ ⁹⁵⁵ ⁹⁵⁶ ⁹⁵⁷ ⁹⁵⁸ ⁹⁵⁹ ⁹⁶⁰ ⁹⁶¹ ⁹⁶² ⁹⁶³ ⁹⁶⁴ ⁹⁶⁵ ⁹⁶⁶ ⁹⁶⁷ ⁹⁶⁸ ⁹⁶⁹ ⁹⁷⁰ ⁹⁷¹ ⁹⁷² ⁹⁷³ ⁹⁷⁴ ⁹⁷⁵ ⁹⁷⁶ ⁹⁷⁷ ⁹⁷⁸ ⁹⁷⁹ ⁹⁸⁰ ⁹⁸¹ ⁹⁸² ⁹⁸³ ⁹⁸⁴ ⁹⁸⁵ ⁹⁸⁶ ⁹⁸⁷ ⁹⁸⁸ ⁹⁸⁹ ⁹⁹⁰ ⁹⁹¹ ⁹⁹² ⁹⁹³ ⁹⁹⁴ ⁹⁹⁵ ⁹⁹⁶ ⁹⁹⁷ ⁹⁹⁸ ⁹⁹⁹ ¹⁰⁰⁰

⁹⁹ Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat*, op.cit., n°388.

possibilité de conclure un accord »¹⁰⁰. Enfin, alors que l'offre est une invitation à conclure un contrat, les pourparlers sont une invitation à la négociation en vue de conclure un contrat¹⁰¹, car les pourparlers « *laissent les volontés s'ajuster au fil de la négociation, par un affinement progressif du projet contractuel* »¹⁰². Il semble à travers ces définitions que les deux notions sont synonymes dans la langue, c'est la raison pour laquelle la majorité des auteurs français considèrent que les négociations précontractuelles sont synonymes de pourparlers. Pourtant certains auteurs fort justement considèrent que les négociations et les pourparlers sont deux concepts différents.

44. Deuxièmement, il faut noter que le Code civil égyptien comme son homologue français n'a pas défini les pourparlers. En conséquence, la doctrine égyptienne a tenté de définir les pourparlers. Traditionnellement, la doctrine affirme que les pourparlers « *sont les négociations, l'échange de propositions, de correspondance, des rapports, des études techniques et des conseils juridiques, entre les parties pour atteindre les meilleures formes juridiques consenties par les parties* »¹⁰³. La doctrine moderne estime que, les pourparlers se définissent comme « *dialogue, discussion et échange de points de vue et consentement entre les parties afin de parvenir à une entente spécifique ou pour résoudre un problème relatif aux clauses du contrat final* »¹⁰⁴. D'autres auteurs trouvent que les pourparlers signifient essentiellement « *toutes les informations relatives à la transaction ou la partie contractante en vue d'arriver à un commun accord pour conclure le contrat final* »¹⁰⁵. La notion de pourparlers s'étend donc aux premières propositions annoncées par l'une des parties, aussi bien les discussions orales ou écrites, directes ou indirectes, les informations, les études techniques économiques et juridiques, afin d'atteindre la meilleure forme juridique de contrat définitif. En

¹⁰⁰ Serge GUINCHARD, Thierry DEBARD, (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op.cit., p.854.

¹⁰¹ Marjorie BRUSORIO-AILLAUD, *Droit des obligations*, 8^e éd Bruylant, 2017-2018, p.167.

¹⁰² Jean-Marc MOUSSERON, Jacques RAYNARD, Jean-Baptiste SEUBE, *Technique contractuelle*, 5^e éd, Lefebvre Francis, 2017, n°32, p.26.

¹⁰³ Ahmed SALAMA, *Les négociations de contrats internationaux*, op.cit., p.97.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p.62.

¹⁰⁵ Mohamed Hussein Abd EL-ALL, *Les Conventions des Négociations contractuelles*, op.cit., p.10.

analysant ces définitions, il faut souligner plusieurs points : dans un premier temps, il convient de noter que la doctrine égyptienne classique estime que les négociations précontractuelles et les pourparlers ont le même sens et représentent un fait matériel (un acte non juridique) qui n'est pas obligatoire pour les parties et ne comporte aucun effet juridique. C'est-à-dire que chaque partie est libre de mettre fin aux pourparlers et les négociations quand elle le souhaite, sans responsabilité et sans donner le motif de la résiliation¹⁰⁶. D'après l'interprétation traditionnelle de la doctrine égyptienne, les négociations et les pourparlers sont en dehors de la portée contractuelle car leur présence n'est pas nécessaire, et donc le contrat pourrait être conclu sans entrer dans des négociations préalables¹⁰⁷. Dans un second temps, la doctrine égyptienne moderne estime que les négociations précontractuelles et les pourparlers sont deux notions différentes, et pourraient entrer dans le champ d'application de la responsabilité contractuelle ou délictuelle, selon le cas. En général, la doctrine égyptienne¹⁰⁸ moderne en accord avec son homologue français, confirme que les négociations précontractuelles quant à eux, constituent une invitation à entrer en contact pour que les partenaires explorent la possibilité de devenir contractants.

45. L'analyse de la jurisprudence française et égyptienne permet de constater que les pourparlers et les négociations sont deux notions ayant le même sens et la même valeur juridique, et chaque notion est considérée synonyme de l'autre, c'est-à-dire que la jurisprudence en France et en Égypte ne fait pas de distinction entre les deux notions. Cela peut être vrai pour la jurisprudence car, selon elle, il n'y a pas d'importance pratique de les différencier. Au contraire, au niveau théorique pour la doctrine la notion des négociations précontractuelles est différente de la notion des pourparlers. Il semble qu'il y a des raisons de confusion entre les deux notions qui sont : premièrement, les négociations sont linguistiquement synonymes de pourparlers. Deuxièmement, leurs périodes sont les mêmes, les négociations et les pourparlers se déroulent dans la même période

¹⁰⁶ Abdel Razaq-Al SANHOURI, *Al Waseet, Le contrat, op.cit.*, p.172.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p.262.

¹⁰⁸ Ismail GHANEM, *La théorie générale de l'obligation, tome I, les Sources de l'obligations*, Dar Al Nahda AL Arabya, 1968, n°56, p.104, Mustafa El GAMAL, *La théorie générale de l'obligation, tome 1, Les Sources de l'obligation*, Monshatt EL Mareffe, Alexandrie 1985, n°58.

(la période précontractuelle). Troisièmement, leurs objectifs sont les mêmes, l'objectif de ces deux notions est la conclusion du contrat proposé. Cette similitude linguistique et juridique entre les deux termes conduit à une confusion entre eux. Quoique similaires, la notion des négociations précontractuelles et la notion de pourparlers doivent être différenciées. Comment peut-on justifier ce point de vue ? Sans aucun doute, les négociations sont linguistiquement synonymes des pourparlers, mais cela ne veut pas dire que les deux sont synonymes au niveau de la terminologie juridique, parce que les négociations incluent des pourparlers, des discussions, des consultations, des échanges de points de vue, des informations et des documents, etc. Dès lors, les pourparlers sont l'une des étapes ou l'un des outils des négociations qui englobent les pourparlers. La notion des négociations précontractuelles est donc plus générale et précise. C'est pourquoi, le législateur français a préféré d'utiliser le terme de négociations précontractuelles lors de la modification du Code civil par l'ordonnance de 2016 dans son article 1112 qui prévoit que « *l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages* »¹⁰⁹. On salue cette préférence, parce que le rôle de la jurisprudence et la doctrine est de choisir le terme le plus précis. Après avoir défini la notion des négociations précontractuelles et la distinguée des autres notions, il semble approprié d'étudier maintenant comment ces négociations se déroulent.

Section 2 : La conduite des négociations précontractuelles

46. Tout d'abord, il faut préciser que selon la théorie classique adoptée par le législateur français et égyptien, la condition fondamentale d'existence d'un contrat est la présence d'un accord des volontés émanant des parties. Cet accord des volontés se forme par la rencontre entre une offre de contracter et son acceptation. Mais, aujourd'hui les futures parties commencent leur relation

¹⁰⁹ Modifié par loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 - art.3.

contractuelle par les négociations précontractuelles qui débutent par l'invitation à entrer en négociation ou l'offre de pourparlers. Les négociateurs dans cette phase ne veulent d'aucune façon s'engager à une obligation de conclure le contrat. Les négociateurs ne manifestent que leur disponibilité à négocier¹¹⁰. Les négociations précontractuelles ne visent pas à la conclusion du contrat mais à l'appréciation de l'opportunité et de l'opération. Cette période de négociation concerne principalement la recherche d'un accord de volonté sur les éléments essentiels du futur contrat. Si les négociateurs sont parvenus à un accord sur les points essentiels, il s'en présente une seconde, destinée à formuler l'offre d'une façon déterminée. Donc, les négociations précontractuelles constituent des étapes ou mécanismes particulières qui tendent à la conclusion du contrat projeté. Dès lors, cette période se caractérise par l'existence de l'invitation à entrer en négociation et l'acceptation de l'invitation à entrer en négociation conduirait en premier lieu à une confusion entre les notions de l'invitation à entrer en négociation ou bien l'offre de contracter. En second lieu, l'acceptation de l'invitation à entrer en négociation et l'acceptation de contracter et doivent être différenciées. Par voie de conséquence, dans un premier temps il faut présenter la délimitation de l'invitation à entrer en négociation et l'offre de contracter (Sous-section 1). Puis, dans un second temps, il faut aborder la délimitation de l'acceptation de l'invitation à entrer en négociation et l'acceptation de l'offre (Sous-section 2).

Sous-section 1: La délimitation de l'invitation à entrer en négociation et l'offre de contracter

47. Les négociations précontractuelles débutent toujours par une invitation à entrer en négociation. Ceci représente le signal de début et le feu vert des négociations précontractuelles. Dans cette phase de négociations, il n'existe pas une offre proprement, mais seulement une initiative communiquée à une personne déterminée pour que celle-ci prenne contact avec l'auteur de l'initiative,

¹¹⁰ CA Toulouse, 21 février. 1984, RTD civ. 1984, p.706, obs. Jacques MESTRE.

soit en proposant à ce dernier des offres, soit en menant des pourparlers avec lui, en vue de réaliser le projet que l'initiative évoque¹¹¹.

48. Il faut souligner que le fait d'entrer en négociations précontractuelles a de nombreux synonymes : l'invitation à entrer en négociation, l'invitation à entrer en pourparlers, l'offre d'entrer en négociation, l'offre d'entrer en pourparlers, l'offre de négocier et l'offre de pourparlers. Donc, chaque auteur utilise le terme le plus approprié pour lui. Pourtant, on ne peut pas nommer le mécanisme : offre de négociation ou offre de pourparlers car si on mentionne l'offre, elle doit être précise, ferme et non équivoque. Ainsi, on peut remarquer la différence entre l'offre de contracter dont l'objectif est de contracter et l'invitation dont l'objectif est la négociation. Il semble qu'il est préférable de nommer le mécanisme l'invitation à entrer en négociation, parce que, d'une part elle révèle la nature juridique de la relation précontractuelle entre les deux pré-contractants dans la phase de négociation. D'autre part, l'objectif principal de la période précontractuelle est la négociation. Par conséquent, il convient d'examiner en premier lieu, la détermination de l'invitation à entrer en négociation et l'offre de contracter (§1), avant de s'intéresser aux critères permettant de différencier l'invitation à entrer en négociation et l'offre de contracter (§2).

§1 : La détermination de l'invitation à entrer en négociation et l'offre de contracter

49. La première étape pour commencer les négociations précontractuelles est l'invitation à entrer en négociation. De ce fait, cette invitation est le mécanisme pour entrer en phase précontractuelle. Ce mécanisme est similaire à l'offre émise par l'un des négociateurs, mais elle est certainement différente de l'offre. Donc, la logique juridique exige qu'il faille commencer en premier lieu par identifier l'invitation à entrer en négociation (A). Puis, il est nécessaire en deuxième lieu d'identifier l'offre de contracter (B).

¹¹¹ Luiz Fernando KUYVEN, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : Fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation*, op.cit., p.36.

A : Identifier l'invitation à entrer en négociation

50. D'après la doctrine française, l'invitation à entrer en négociation est « *une proposition d'entrer en pourparlers afin de déterminer quel sera le contenu définitif du contrat* »¹¹². Dans le même esprit, il s'agit d'une proposition qui vise seulement à instaurer une négociation d'où naîtra peut-être un contrat, mais sans que les éléments fondamentaux ne soient encore exactement prévus¹¹³. Ainsi, selon Rodière « *l'offre d'entrer en pourparlers ne comporte ni précision, ni fermeté ; c'est un simple établissement de contacts entre deux ou plusieurs personnes en vue, sans doute, d'établir des relations contractuelles futures* »¹¹⁴. Cette invitation « *elle veut juste signifier la volonté de son auteur de se rapprocher d'un ou plusieurs interlocuteurs en vue d'envisager la conclusion d'un contrat dont les éléments restent encore à explorer. Elle ne constitue pas l'expression d'un véritable consentement* »¹¹⁵. Ces invitations à entrer en négociation sont parfois liées à des propositions mais en raison de leurs éléments incomplets, elles ne sont pas susceptibles d'entraîner la conclusion du contrat en cas d'acceptation¹¹⁶.

51. Selon la doctrine égyptienne, l'invitation à entrer en négociation, est une « *invitation à négocier, n'est pas précisée ou détaillée afin de permettre à de futurs contractants de discuter le contenu d'un contrat* »¹¹⁷. Ainsi, il s'agit d'un appel lancé par l'une des parties, afin d'identifier l'avis de l'autre partie et savoir

¹¹² Corinne Renault-BRAHINSKY, *Droit des obligations*, Gualino, Lextenso, 14^e éd, 2017-2018, p.53.

¹¹³ Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, Eric SAVAUX, *Les obligations, 1. l'acte juridique*, DALLOZ, 16^e éd, 2014, p.121.

¹¹⁴ René RODIERE *La formation du contrat*, Coll. Harmonisation du droit des affaires des États du Marché commun, Paris, Pedone, 1976, p.14, cité par Luiz Fernando Kuyven, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : Fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation*, op.cit., p.38.

¹¹⁵ Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat*, op.cit., n°141 ; Cass. Com., 17 octobre 2000, n° 98-13.176, inédit.

¹¹⁶ Luiz Fernando KUYVN, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : Fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation*, op.cit., p.37.

¹¹⁷ Rajab Karim Abd ALLAH, *La négociation d'un contrat*, Thèse, Le Caire, Dar Al Nahda Al Arabya, 2000, p.86.

le degré de l'attachement aux négociations pour conclure le contrat final. Dès que l'autre partie accepte l'invitation, le stade des négociations a déjà commencé. Il est à noter que la majorité de la doctrine égyptienne privilégie l'appellation « *l'invitation à négocier* »¹¹⁸, tandis qu'une autre partie de la doctrine ainsi que la jurisprudence optent plutôt pour l'appellation « *l'offre à négocier* »¹¹⁹. On a déjà précisé qu'il est préférable de la nommer l'invitation à entrer en négociation¹²⁰. À la lumière de ces tentatives pour émettre une définition, il est entendu que l'invitation à entrer en négociation constitue une invitation, ni précise ni ferme à entrer en contact où les partenaires explorent la possibilité de devenir cocontractants.

B : Identifier l'offre de contracter

52. D'abord, il est important de souligner pourquoi il faut identifier l'offre de contracter, parce qu'elle est le premier rouage nécessaire à la formation du contrat, puisqu'une fois acceptée, l'acte existe¹²¹. L'offre est décisive pour situer le moment exact de la conclusion du contrat. Donc, afin d'étudier l'offre de contracter il convient d'axer tout d'abord la définition de l'offre de contracter (1). Ensuite, il est nécessaire de déterminer les caractères essentiels de l'offre de contracter (2) qui permettent d'éviter la confusion entre l'offre et l'invitation à entrer en négociation.

1 : La définition de l'offre de contracter

53. La doctrine française appelle parfois l'offre « *pollicitation* »¹²². On définit souvent l'offre et l'acceptation par l'ordre chronologique dans lequel les différentes manifestations de volonté sont émises¹²³. Dans le lexique des termes

¹¹⁸ V. En ce sens, Abdel razag-Al SANHOURI, *Al Waseet, Le contrat, op.cit.*, p.262.

¹¹⁹ Sur ce point, notamment, Abd EL Baqi Abd AL-FATTAHA, *La théorie du contrat, Étude comparative de la loi islamique*, Dar Al Nahda Al Arabya, 1984, p.123.

¹²⁰ V. *supra* n° 50.

¹²¹ Cass. 1^{re} ch. civ., 25 juin 2014, n°13-16.529.

¹²² On emploie plus rarement le terme de pollicitation qui trouve son origine en droit roman.

¹²³ Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, tome I, Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd, PUF, 2016, p.325.

juridiques l'offre est une « *manifestation de volonté par laquelle une personne propose à un tiers la conclusion d'une convention* »¹²⁴. Selon certains auteurs, l'offre est « *la manifestation de volonté unilatérale destinée à porter à la connaissance d'autrui l'intention de contracter de son auteur, la nature du contrat offert et ses conditions essentielles de telle sorte que, saisie par une acceptation en tout point concordante, un contrat puisse jaillir de la rencontre de ces deux volontés* »¹²⁵. De l'avis des autres auteurs, l'offre est une proposition de contracter, c'est-à-dire une manifestation de volonté proposant la conclusion d'un contrat. Au sens courant, on étend par offre toute proposition de contracter au sens juridique, ce terme désigne une réalité plus étroite¹²⁶. Par ailleurs, selon le professeur Jacques Ghestin, l'offre est « *la manifestation de volonté, faite à personne déterminée ou indéterminée, qui comprend les éléments essentiels du contrat et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acception* »¹²⁷. Cette définition reprend en substance les éléments traditionnellement dégagés pour qu'une proposition de contracter puisse être qualifiée d'offre. Il est évident que l'offre n'est pas en elle même un contrat, car elle n'est pas l'émanation de deux volontés, elle n'est qu'une manifestation unilatérale de volonté. L'offre est donc un acte unilatéral¹²⁸. Mais bien qu'elle ne soit pas un engagement contractuel, elle constitue déjà le consentement d'une des parties au contrat¹²⁹.

54. La doctrine égyptienne définit l'offre comme une manifestation de volonté par laquelle une personne exprime son intention d'être liée si le destinataire de cette manifestation l'accepte¹³⁰. En d'autres termes, l'offre est

¹²⁴ Serge GUINCHARD, Thierry DEBARD, (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op.cit., p.783.

¹²⁵ Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat*, op.cit., n° 390.

¹²⁶ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, op.cit., p.13.

¹²⁷ Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU, Yves-Marie SERINET, *La formation du contrat, tome 1 : Le contrat - Le consentement*, LGDJ, 4^e éd 2013, p.617et s.

¹²⁸ Jean-Luc VALLAENS, Rolland WALTER, Nicole FERRY-MACARIO, Mirko HAYAT, Annie MÉDINA, Vincent REBYROL, Christophe ROQUILLY, Marina BERTREL, *Droit de l'entreprise*, 19^e éd, Lamy, 2014, p.445.

¹²⁹ Jean CARBONNIER, *Droit civil les obligations*, op.cit., p.72 et s.

¹³⁰ Ismail GHANEM, *La théorie générale de l'obligation, Les sources de l'obligations*, op.cit., p.104.

l'expression de la volonté d'une partie qui indique les conditions auxquelles elle propose de s'engager. C'est la proposition ferme et précise de conclure un contrat à des conditions déterminées par l'offrant¹³¹. Certains auteurs perçoivent l'offre comme étant un acte juridique unilatéral qui détermine les éléments essentiels du contrat, que son auteur propose : soit à une personne déterminée, soit à une personne indéterminée¹³². En somme, la doctrine égyptienne affirme que l'offre de nature à entraîner la formation du contrat, doit présenter deux caractères : il faut qu'elle soit précise et ferme¹³³. Aussi, on peut affirmer que la doctrine égyptienne est l'analogue de la doctrine française dans la définition.

55. En ce qui concerne de l'offre de contracter dans le Code civil français et égyptien, il faut savoir qu'aucun article dans le Code civil égyptien n'a défini l'offre. De même, cela a été le cas dans le Code civil français avant la réforme en 2016. Il faut également savoir que le législateur français a mis une définition dans l'ordonnance de 2016. Afin d'arriver à cette définition, il y a plusieurs avant projets doctrinaux et des tentatives doctrinales. Par conséquent, il est nécessaire, pour le législateur égyptien, de savoir comment son homologue français a réussi à déterminer la définition de l'offre dans le Code civil actuel. D'abord, au niveau international, par exemple, l'art 14 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises indique qu'une offre est « *si elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation* ». De même, l'article 2.1.2 des principes Unidroit a défini l'offre comme « *une proposition de conclure un contrat constitue une offre si elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation* »¹³⁴. Ensuite, au niveau des avant-projets doctrinaux, l'avant-projet Catala a défini l'offre dans son article 1105-1 qui prévoit que « *l'offre est un acte unilatéral déterminant les éléments essentiels du contrat que son auteur propose à personne déterminée ou indéterminée, et par lequel il exprime sa*

¹³¹ Hamoud Abd El AZIZ, *Les aspects juridiques de la phase de négociation*, op.cit., p.9.

¹³² Mustafa EL GAMAL, *L'effort pour conclure un contrat en droit comparé*, op.cit., p.651.

¹³³ Abd EL Moneim EL BADRAOUI, *La théorie générale des obligations dans le Code civil égyptien, les sources de l'obligation*, Dar Al Nahda Al Arabya, 1997, n°141, p.198.

¹³⁴ Principes Unidroit, 2010, Rome ; la version intégrale de ces principes est accessible sur : www.unidroit.org.

volonté d'être lié en cas d'acceptation »¹³⁵. Dans le même sens, le projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats de 2009 à l'article 18 dispose qu'« *est une offre la manifestation de volonté, faite à personne déterminée ou indéterminée, qui comprend les éléments essentiels du contrat et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. À défaut de l'un de ces éléments, il y a seulement invitation à entrer en négociation* ».

56. Le législateur français enfin a répondu à ces projets dans l'ordonnance de 2016. Il est important de savoir que l'ordonnance consacre une dizaine d'articles, désormais, aux questions de l'offre et de l'acceptation qui sont des questions, précédemment, n'ont pas traitées par les textes du Code civil. D'une part, l'ordonnance propose un énoncé cohérent des solutions jurisprudentielles et doctrinales consacrées au fil du temps en matière de formation des contrats. L'article 1113 définit la formation du contrat par la rencontre d'une offre et d'une acceptation, qui sont abordées successivement l'offre puis l'acceptation¹³⁶ en disant que « *le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager. Cette volonté peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque de son auteur* »¹³⁷. Dans le même contexte, il est important de mentionner que le législateur égyptien a précisé le même sens avant son homologue français dans l'article 89 du Code civil égyptien qui prévoit que « *le contrat se forme dès que les deux parties ont échangé deux volontés concordantes, sans préjudice des formalités que la loi exige en outre pour la conclusion du contrat* ». Cela confirme que les deux Codes français et égyptiens

¹³⁵ L'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription 2005, ou avant-projet Catala, du nom du président de la commission chargée de son élaboration est un projet de réforme des dispositions du Code civil français portant sur les contrats, les quasi-contrats, la responsabilité civile et la prescription. Il a abouti pour la prescription à la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, qui réforme en profondeur la matière. La concrétisation du projet dans d'autres domaines n'a pour l'instant pas abouti, comme la période précontractuelle.

¹³⁶ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹³⁷ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

ont la même direction et ont la même vision, malgré des différences de formulation de textes. D'autre part, les articles 1114 à 1117 concernent l'offre de manière détaillée. Ainsi, il semble que le législateur français a codifié le régime juridique pour l'offre. Pour la première fois dans l'histoire du Code civil français, la définition et les conditions de l'offre ont été mentionnées dans l'article 1114 qui dispose que « *l'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. A défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation* »¹³⁸. On salue cette dernière définition, parce qu'elle donne un concept précis de l'offre et clarifie la distinction entre l'offre et l'invitation à entrer en négociation. Elle permet donc d'éviter la confusion qui a conduit à de nombreux problèmes pratiques. Enfin, on invite le législateur égyptien à suivre les traces de son homologue français pour adopter cette définition.

2 : Les caractères essentiels de l'offre de contracter

57. Au début, il semble important de préciser que l'étude des caractères de l'offre est très utile pour la distinguer des autres notions similaires. Ainsi, il faut souligner que les caractères de l'offre dans les deux régimes français et égyptien sont similaires en grande partie.

a : L'offre adressée à une personne déterminée ou à une personne indéterminée

58. La doctrine en France et en Égypte confirme que l'offre peut être adressée à une personne déterminée ou indéterminée. L'offre peut être adressée à une personne déterminée et alors ne pose aucune difficulté particulière¹³⁹. Il suffit que le destinataire désigné accepte les termes fermes et précis pour que le contrat

¹³⁸ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹³⁹ Il faut dire qu'en date du 11 Octobre 2011, la proposition de règlement du parlement européen et du conseil relatif à un droit commun européen de la vente, adopte toutefois une conception contraire. Elle admet que l'offre puisse être faite à une ou plusieurs déterminées mais considère qu'une proposition faite au public ne constitue pas une offre, sauf si les circonstances montrent qu'il en est autrement. Pour en savoir plus voir, Jacques CHESTIN, Grégoire LOISEAU, Yves-Marie SERINET, *La formation du contrat, tome 1 : Le contrat- Le consentement*, op.cit., p.618.

projeté soit conclu. Il convient cependant de relever qu'en principe l'offrant est libre de choisir la personne avec laquelle il souhaite contracter¹⁴⁰. Il se peut aussi que l'offre soit adressée à une personne indéterminée sans soulever de problèmes dans le droit civil français et égyptien¹⁴¹. Le problème se pose quand il y a une confusion entre l'offre adressée à une personne indéterminée et l'annonce, parce que certains auteurs égyptiens considèrent que l'annonce est une offre adressée à une personne indéterminée, surtout si elle comprend les éléments essentiels du contrat¹⁴². Pourtant, la majorité des auteurs estime que l'annonce n'est pas une offre. Il s'agit de la publicité dans les journaux ou sur internet à un très grand nombre de personnes indéterminables, ce n'est qu'une simple « invitation à négociation »¹⁴³. Enfin, il faut souligner que l'ordonnance de 2016 a traduit ce sens de manière explicite et claire dans l'article 1114 qui énonce que « *l'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée...* ». Il n'y a pas de texte similaire dans le Code civil égyptien.

b : Suffisamment précise

59. La doctrine française et égyptienne a insisté sur la nécessité de préciser l'offre. L'offre doit être précise, c'est-à-dire qu'elle doit indiquer les éléments essentiels du futur contrat, en d'autres termes les éléments à défaut desquels il est impossible de concevoir le contrat envisagé¹⁴⁴ (le prix, la nature et la qualité de la chose vendue, les modalités particulières). On considère que l'offre est précise lorsque seule l'acceptation peut suffire à parfaire le contrat. Par ailleurs, l'offre doit être ferme et non équivoque : elle doit montrer la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation du destinataire. Cela veut dire que la proposition doit d'abord être ferme, si la volonté de s'engager par l'acceptation

¹⁴⁰ Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat*, op.cit., n° 390.

¹⁴¹ Voir dans la doctrine égyptienne, Ahmed Abd EL RAHMAN, *Le contrat et la volonté individuelle*, Monshatte AL Marref, Alexandrie, 2005, p.50.

¹⁴² Osama Ahmed BADER, *La protection des consommateurs dans les contrats électroniques*, Dar EL Gamma El Gadida, 2005, p.206.

¹⁴³ Hoda Abd ALLAH, *Le système juridique de la période précontractuelle*, op.cit., p.72.

¹⁴⁴ Philippe DELEBECQUE, Frédéric-Jérôme PANSIER, *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, Lexis Nexis, 6^e éd, 2013, p.43; Stéphanie PORCHY-SIMON, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 10^e éd, 2018, p.50.

n'est pas ferme, par définitive, il ne peut donc s'agir d'une offre, mais d'une simple invitation à entrer en pourparlers¹⁴⁵. Enfin, selon certains auteurs, l'ordonnance améliore la définition en confirmant le caractère ferme de la proposition¹⁴⁶ à l'article 1114 qui énonce que « *l'offre..., comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation* ». En ce qui concerne le rôle des juges du fond, ils doivent se livrer à une appréciation *in concerto* de la situation litigieuse afin de déterminer la fermeté et le degré de précision permettant de dépasser la qualification de simple invitation à entrer en négociation¹⁴⁷.

c : L'offre expresse ou tacite

60. La doctrine française et égyptienne n'enferme pas l'offre dans des conditions de forme, c'est-à-dire que le principe du consensualisme de l'offre suppose simplement une volonté de conclure un contrat qui est extériorisée, peu importe la manière dont elle l'est et à qui elle est adressée¹⁴⁸. Dès lors, l'offre peut se manifester de manière expresse ou tacite. Elle est expresse lorsqu'elle se manifeste par un écrit ou par une déclaration verbale. L'offre expresse désigne alors, toute action visant à porter la proposition de contracter à la connaissance de l'autre partie. L'offre peut être également tacite, elle est induite à partir d'un comportement d'une partie, à condition qu'elle ne soit pas équivoque. Tel est le

¹⁴⁵ Jérôme JULIEN, *Droit des obligations*, 3^e éd, Brylant, Collection Paradigme, 2017, p.58 ; Voir aussi, Cass. com., 6 mars 1990, n°88-12477 ; Voir dans le même sens dans la doctrine égyptienne, Abd El Razaq Al SANHOURI, *Al Waseet, le contrat, op.cit.*, p.172 ; Abd El Wadoud YEHYA, *AL Mogaz (Le synopsis dans) dans la théorie générale des obligations*, Les publications de l'université du Caire, 1989, p.32.

¹⁴⁶ Mustapha MEKKI, *L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire*, Recueil Dalloz, 2016, p.494 ; Olivier DESHAYS (Collectif), *La formation des contrats*, Revue des contrats hors-série 2016 Réforme du droit des contrats : quelles innovations ? 1^{re} éd, LGDJ, p.3.

¹⁴⁷ Mustapha MEKKI, *Droit des contrats*, Recueil Dalloz, janvier, 2016, p.566.

¹⁴⁸ Sarah BROS, *Traité de droit civil, les obligations, le contrat*, tome 3, 8^e éd, ECONOMICA, 2016, p.216.

cas pour la tacite reconduction d'un contrat¹⁴⁹, à la fin d'un contrat de bail, si le locataire se maintient dans le lieu, c'est une offre tacite de renouvellement du bail comme l'indique l'article 1738 du Code civil français¹⁵⁰. Il y a d'autres exemples d'offres tacites : une exposition en vitrine ou une attitude, les offres faites au public sont souvent tacites. Une exception au principe de consensualisme de l'offre dans le droit français en ce qui concerne les contrats sous forme électronique, la loi du 21 juin 2004 dite LCEN¹⁵¹ a imposé des règles spéciales pour les offres faites par des professionnels sur internet. Ces règles figurent désormais dans le Code civil français aux articles 1125 à 1127-6. En droit égyptien, il reste à signaler qu'il n'est pas nécessaire à l'offre d'avoir une forme particulière. Toutefois, il y a une exception importante dans la loi égyptienne n° 62 de 1942 qui prévoit l'exigence de la langue arabe dans les transactions commerciales avec les organismes gouvernementaux, faute de quoi, la transaction sera sanctionnée par l'annulation. À cet égard, il faut souligner que le législateur égyptien a codifié ce sens à l'article 90 du Code civil qui prévoit qu' *« on peut déclarer sa volonté verbalement, par écrit ou par les signes généralement en usage, ou encore par une conduite telle que, dans les circonstances de la cause, elle ne laisse aucun doute sur la véritable intention. La déclaration de volonté peut être tacite, lorsque la loi ou les parties n'exigent pas qu'elle soit expresse »*. Il faut noter que cet article est similaire à l'article 1113 de l'ordonnance française, quand il dispose que *« cette volonté peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque de son auteur »*. On préfère la formule française parce qu'elle est plus concise et précise et donnent le même sens sans paraphrase inutile.

d : L'effet de l'offre

61. La théorie classique du contrat en droit français et égyptien détermine l'effet de l'offre et de l'acceptation en fonction de l'objet qu'elles permettent

¹⁴⁹ Sarah BROS, *Traité de droit civil, les obligations, le contrat, op.cit.*, p.217.

¹⁵⁰ Si, à l'expiration des baux écrits, le preneur reste et est laissé en possession, il s'opère un nouveau bail dont l'effet est réglé par l'article relatif aux locations faites sans écrit.

¹⁵¹ Cette loi a transposé une directive communautaire du 8 juin 2000 sur certains aspects juridiques du commerce électronique. Elle a été complétée par une ordonnance du 16 juin 2005.

d'atteindre : la conclusion définitive du contrat projeté¹⁵². En effet, l'offre a toujours, quel que soit le système juridique, le même effet fondamental qui est de permettre la formation du contrat proposé par l'acceptation de son destinataire. Ainsi, l'effet principal de l'offre est inséparable de celui de l'acceptation. Ce sens a été confirmé par le législateur français à l'article 1113 du Code civil français et l'article 89 du Code civil égyptien.

62. En somme, on peut affirmer que l'article 1114 du Code civil français définit et identifie les caractéristiques de l'offre et les distinguent des autres notions, qui énonce que « *l'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. A défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation* ». Il semble que le législateur français a réussi quand il a codifié les caractères de l'offre comme convenu par la doctrine française. Ainsi, grâce à la formulation de cet article, il a identifié la différence entre l'offre et l'invitation à entrer en négociation, parce qu'elles sont souvent confondues dans la pratique. Par conséquent, on demande au législateur égyptien d'adopter cet article dans son Code civil. Enfin, il est important de souligner qu'il n'est pas nécessaire, dans le cadre de notre étude de traiter la valeur juridique de l'offre avant l'acceptation (la rétractation, la caducité), parce il est important dans ce point ce sont les caractéristiques de l'offre et ce qui la distingue des autres notions surtout l'invitation à entrer en négociation.

§2 : Les critères permettant de différencier l'invitation à entrer en négociation et l'offre de contracter

63. On peut clarifier la différence entre l'invitation à entrer en négociation et l'offre de contracter par certains critères. Ces critères peuvent être divisés en deux : le premier critère est lié à l'invitation (l'imprécision de l'invitation) (A), le deuxième critère est lié à l'offre (l'effet de l'offre) (B).

¹⁵² Soliman MORCOS, *Al Wafi (L'explication détaillée) Pour expliquer l'droit civil, La théorie générale des obligations, op.cit., p.150.*

A : Le premier critère est lié à l'invitation (l'imprécision de l'invitation)

64. L'imprécision de l'invitation à entrer en négociation signifie que l'invitation n'est ni précise, ni ferme. Au contraire, l'offre de contracter c'est la manifestation de volonté adressée à autrui à travers une proposition qui doit être précise, en indiquant les éléments essentiels du futur contrat, la détermination de ces éléments essentiels est relativement aisée dans le domaine des contrats nommés, car le droit et la jurisprudence ont défini leurs régimes¹⁵³. Au contraire, l'invitation à entrer en négociation est une simple invitation à négocier, visant à régler le processus de négociation. Les parties négociateurs ont négocié quelques éléments du contrat afin de conclure un contrat final satisfaisant pour elles. En ce sens, la Cour de cassation française a jugé que l'invitation à entrer en négociation a la caractéristique de ne pas préciser les éléments essentiels du contrat¹⁵⁴. Et pour que la proposition soit ferme, elle ne fait l'objet d'aucune réserve par son auteur. Alors, si la proposition ne respecte pas ces conditions, il ne s'agit plus d'offre mais d'invitation à entrer en négociation¹⁵⁵. Ce sens a été également confirmé par le législateur français à l'article 1114 du Code civil qui prévoit que « *l'offre (...) comprend les éléments essentiels du contrat envisagé (...)* A défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation ». Ainsi, l'imprécision de l'invitation à entrer en négociation tout comme son manque de fermeté, participe à la temporisation du contrat et au maintien de la liberté contractuelle pendant les négociations. Par ailleurs, l'invitation à entrer en négociation doit manifester une certaine volonté de négocier ce qui implique que les négociateurs soient prêts à s'engager dans des pourparlers où la bonne foi et la loyauté des parties seront les seules limites à leur liberté contractuelle. Lorsque les propositions faites ne sont pas suivies de négociations, elles doivent être

¹⁵³ Luiz Fernando KUYVEN, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : Fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation*, op.cit., p.39.

¹⁵⁴ Pour plus de détails voir, l'arrêt de la Cour de cassation, chambre commerciale, du 21 février 1995, n° 93-13.302, Publié au bulletin. L'affaire « Société Benckiser Saint Marc contre société Dérivés résiniques et terpéniques ».

¹⁵⁵ L'imprécision de la proposition initiale témoigne parfois une volonté tellement diffuse de négocier que, s'agissant d'une simple déclaration d'intention, elle ne doit même pas être perçue comme une véritable invitation d'entrer en pourparlers.

considérées comme des simples déclarations d'intention, alors que dans le cas contraire, elles deviennent de véritables invitations à entrer en négociation dont on peut présumer l'acceptation par les négociations qui s'en sont suivies¹⁵⁶.

B : Le deuxième critère est lié à l'offre (l'effet de l'offre)

65. L'effet essentiel de l'offre de contracter est de permettre théoriquement la formation du contrat, par sa concordance avec l'acceptation. Bien au contraire, l'invitation à entrer en négociation en règle générale ne saurait pas engager les parties. Elle signifie juste « *la volonté de son auteur de se rapprocher d'un ou plusieurs interlocuteurs en vue d'envisager la conclusion d'un contrat dont les éléments restent encore à explorer* »¹⁵⁷. D'ailleurs, l'invitation ne vise qu'à mettre en rapport les personnes potentiellement intéressées par la conclusion d'un contrat, dont les termes restent à négocier. Elle ne constitue pas l'expression d'un véritable et final consentement¹⁵⁸. De ce fait, l'offre constitue une invitation à conclure un contrat, alors que l'invitation à entrer en négociation constitue une invitation à la négociation en vue de conclure un contrat définitif¹⁵⁹. En jurisprudence, cette distinction classique entre l'invitation à entrer en négociation et l'offre de contracter paraît difficile à mettre en œuvre, mais les tribunaux ont essayé de la confirmer. Par exemple la Cour d'appel de Paris a jugé que « *si l'offre faite au public lie le pollicitant à l'égard du premier acceptant (...), il en est différemment en matière de vente d'un bien immobilier s'agissant d'une opération complexe ; (...) en cette matière, une offre au public est par nature large et ouverte afin de permettre à de futurs contractants de discuter du contenu du contrat, et s'analyse par conséquent comme une invitation à entrer en pourparlers* »¹⁶⁰. L'analyse d'un tel arrêt permet de constater que les juges conçoivent l'invitation à entrer en négociations d'une manière négative, en

¹⁵⁶ Fabien ACCAD, *Les pourparlers*, Thèse, Paris, ANRT (Atelier nationale des reproductions des thèses), 1996, p.35.

¹⁵⁷ Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat*, *op.cit.*, n°141.

¹⁵⁸ Jean-Luc VALLAENS, Rolland WALTER, Nicole FERRY-MACARIO, Mirko HAYAT, Annie MÉDINA, Vincent REBYROL, Christophe ROQUILLY, Marina BERTREL, *op.cit.*, p.448.

¹⁵⁹ François Xavier TESTU, *Contrats d'affaires*, Dalloz, 2011, p.58.

¹⁶⁰ CA Paris, pôle 4, ch. 1, 14 novembre 2013, n° RG : 12/09369, Lamyline ; CA Paris, 13 décembre 1984, RTD civ. 1986, p.97, obs. Jacques MESTRE.

appréhendant cette notion à travers une sorte de disqualification de la notion d'offre¹⁶¹. C'est également ce que dispose l'article 1114 du Code civil français¹⁶².

66. En ce qui concerne la doctrine égyptienne en premier lieu, il faut préciser qu'elle ne mentionne pas des critères afin de distinguer l'invitation à entrer en négociation et l'offre de contracter, telles que la doctrine française. Elle souligne que l'invitation à entrer en négociation, est un acte physique, n'entraînant pas d'effet juridique, ce n'est véritablement qu'une préparation pour négocier le contrat. Toutefois, la doctrine moderne égyptienne¹⁶³ en accord avec son homologue français confirme que l'invitation à entrer en négociation, quant à elle ne manifeste qu'une invitation à discuter les termes d'un éventuel accord, son acceptation ne donne naissance à aucun lien de droit ni aucune obligation. De plus, l'invitation ne présente pas la précision nécessaire sur les éléments essentiels d'un contrat donné et n'exprime pas la volonté finale. Dans ce contexte la Cour de cassation égyptienne a jugé que « *la partie qui présente une annonce de vente d'un terrain sans évoquer le prix ne représente pas une offre, mais plutôt une invitation à négocier un contrat de vente* »¹⁶⁴. Dans le même esprit, la Cour de cassation égyptienne¹⁶⁵ a jugé que les publicités envoyées par une entreprise à ses clients sans spécifier le prix de ces produits, sont considérées comme une invitation à négocier et non pas comme une offre de contracter. Ainsi, la tâche de distinguer l'offre et l'invitation est effectuée par le juge du fond au cas par cas, sans la surveillance de la Cour de cassation¹⁶⁶. Il n'est pas inutile de souligner que le projet du Code civil égyptien a contenu le texte décrivant la distinction entre l'offre et l'invitation à négocier, l'article 143 indique que « *la présence des produits dans les magasins avec un énoncé de leur prix est une offre. La publicité*

¹⁶¹ Anne LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, presses Universitaires d'Aix-Marseille, P.U.A.M, 1992, n°27.

¹⁶² Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat*, op.cit., n°141.

¹⁶³ Voir en ce sens, Ismail GHANEM, *La théorie générale de l'obligation, Les Sources de l'obligations*, op.cit., p.104 ; Mustafa El GAMAL, *L'effort pour parvenir un contrat en droit comparé*, op.cit., n° 58.

¹⁶⁴ Cass. civ., 19 Juin 1950, la Revue des dispositions de la Cour de cassation, n° 159, p.1017.

¹⁶⁵ Les publications de la cour de cassation, tom 20, 19 juin 1969, p.1017.

¹⁶⁶ Nabil Ibrahim SAAD, *Les contrats nommés*, Monshatt EL Mareffe, Alexandrie, 2001, p.72.

pour les produits sans préciser le prix n'est pas considérée comme une offre mais une invitation à négocier ». Malheureusement, ce texte a été supprimé et n'est pas stipulé dans le Code civil actuel, le comité de vérification arguant la suffisance des règles générales.

Sous-section 2 : La délimitation de l'acceptation de l'invitation à entrer en négociation et l'acceptation de l'offre

67. Selon la logique juridique qui conduisait à un traitement de l'invitation à entrer en négociation avant l'offre de contracter, elle conduit également ici à traiter l'acceptation de l'invitation à entrer en négociation avant l'acceptation de l'offre. Ces dernières peuvent être confuses, comme il est possible de confondre l'invitation à entrer en négociation et l'offre. Bien qu'il soit étrange de parler d'acceptation de l'offre au stade des négociations, il semble nécessaire d'aborder l'acceptation parce que dans certains cas les négociateurs peuvent croire que l'acceptation de l'invitation à entrer en négociation signifie l'acceptation de l'offre pour conclure le contrat définitif. Par conséquent, il convient de développer précisément les difficultés que l'on rencontre au sujet de l'identification de l'acceptation de l'invitation à entrer en négociation et l'acceptation de l'offre (§1). Puis, il faut examiner la différence entre l'acceptation de l'invitation à entrer en négociation et l'acceptation de l'offre (§2).

§1 : L'identification de l'acceptation de l'invitation à entrer en négociation et l'acceptation de l'offre

68. Afin de mieux comprendre le mécanisme de l'acceptation de l'invitation à entrer en négociation qui est similaire à l'acceptation de l'offre, il faut désormais s'intéresser à la détermination de l'acceptation de l'invitation à entrer en négociation (A). Puis, il convient d'étudier avec attention, la détermination de l'acceptation de contracter (B).

A: La détermination de l'acceptation de l'invitation à entrer en négociation

69. La détermination de l'acceptation de l'invitation à entrer en négociation nécessite en premier lieu d'étudier sa définition (1). Puis en second lieu, déterminer ses caractères essentiels (2).

1 : La définition

70. D'abord, il faut préciser que le Code civil français et le Code civil égyptien n'évoque pas l'acceptation de l'invitation à entrer en négociation. Aussi la doctrine et la jurisprudence française et égyptienne ne se soucient pas de la question de la définition pour l'acceptation de l'invitation à entrer en négociation. Néanmoins, la doctrine¹⁶⁷ a donné des exemples pratiques pour l'acceptation de l'invitation à entrer en négociation, par exemple ; supposons qu'on a une invitation à entrer en négociation de vente d'une maison sans mentionner le prix. Si le destinataire de l'invitation qui entend conclure la vente a annoncé son intention d'acheter, dans ce cas, il n'y a pas acceptation de l'offre, mais l'acceptation de l'invitation à entrer en négociation, qui est considérée comme une annonce du véritable début des négociations. Au contraire, supposons qu'on a une offre de vente d'une maison pour un prix de 100.000 €, et le vendeur a réservé le droit d'accepter ou de refuser le contrat avec la personne qui souhaite acheter. Si le destinataire de l'offre qui entend conclure la vente dit « oui », dans ce cas il n'y a pas d'acceptation de l'invitation à entrer en négociation mais, acceptation de l'offre, parce que l'annonce du vendeur est considérée comme offre ferme et précise. Ces exemples illustrent l'importance pratique de la distinction entre l'acceptation de l'invitation à entrer en négociation et l'acceptation de l'offre car, dans le premier cas, il n'y a pas d'acceptation de l'offre mais seulement acceptation de l'invitation à entrer en négociation, par conséquent, le contrat définitif n'a pas été conclu, alors que dans le second cas, il existait une vraie offre et une vraie acceptation. Ainsi, le contrat définitif a été conclu une fois cette acceptation annoncée.

2 : Les caractères essentiels

71. Il peut être conclu qu'en raison de ce que le droit français et le droit égyptien n'ont pas examiné l'acceptation de l'invitation à entrer en négociation, les règles générales relatives à l'acceptation de l'offre au stade de la formation du contrat s'appliquent donc également au stade des négociations. De ce fait, l'acceptation de l'invitation à entrer en négociation est la réponse positive du

¹⁶⁷ Mostafa El GAMAL, *L'effort pour parvenir un contrat en droit comparé*, op.cit., p.53.

destinataire de l'invitation à entrer en négociation. En conséquence, l'acceptation de l'invitation à entrer en négociation, également, en phase précontractuelle peut revêtir certaines caractéristiques: elle doit être pure et simple¹⁶⁸, et ne doit pas constituer une contre-proposition. C'est-à-dire que l'acceptation d'éléments nouveaux est considérée comme celle d'une nouvelle offre¹⁶⁹. L'acceptation de l'invitation à entrer en négociation s'effectue librement¹⁷⁰, sauf précision contraire, à raison du principe du consensualisme découlant lui-même de la liberté contractuelle. Enfin, la forme de l'acceptation de l'invitation à entrer en négociation en l'absence de textes et en conformité avec les règles générales¹⁷¹ est expresse et tacite¹⁷².

B : La détermination de l'acceptation de contracter

72. Pour bien déterminer l'acceptation de contracter, il convient d'abord d'axer sa définition (1), avant de s'intéresser à déterminer ses caractères essentiels (2).

1 : La définition

73. L'acceptation est la seconde manifestation de volonté qui doit se joindre à l'offre pour former le contrat. L'acceptation est le « oui » donné en réponse à l'offre. Comme l'offre, l'acceptation est un acte unilatéral de volonté émanant, cette fois-ci, du destinataire de l'offre¹⁷³. On affirme que la définition de l'acceptation selon la doctrine française et égyptienne est la même. Elle a défini l'acceptation comme l'expression de l'intention définitive du destinataire de

¹⁶⁸ V. *infra* n° 77.

¹⁶⁹ Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, *op.cit.*, p.326 ; Voir en droit égyptien Ahmad SALAMA, *Loi du contrat international*, Dar Al Nahda Al Arabya, 2011, p.104.

¹⁷⁰ V. *infra* n° 76.

¹⁷¹ V. *infra* n° 78.

¹⁷² Philippe Le TOURNEAU, Cyril BLOCH, André GIUDICELLI, Christophe GUETTIER, Jérôme JULIEN Didier KRAJESKI, Matthieu POUMAREDE, *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, 11^e éd, 2018-2019, Dalloz, n° 3112.113, p.1137.

¹⁷³ Muriel FABRE- MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, *op.cit.*, p.270.

l'offre de conclure le contrat aux conditions spécifiées¹⁷⁴. Et à ces conditions seulement l'acceptation doit être identique à l'offre¹⁷⁵. De l'avis de certains auteurs égyptiens, l'acceptation est un acte juridique par lequel une personne donne son agrément à une offre de contrat qui lui est faite personnellement¹⁷⁶. Ainsi, selon certains auteurs français l'acceptation est la manifestation de volonté d'une partie destinataire d'une offre d'être liée dans les termes de celle-ci¹⁷⁷. À en croire un autre auteur, l'acceptation a deux concepts, le premier, « *acte par lequel une personne donne son agrément à une offre légale ou provenant d'un tiers, lui permettant de se prévaloir, si elle le désire, d'une situation juridique* ». Le deuxième, « *manifestation de volonté par laquelle une personne donne son accord à une offre de contrat qui lui est faite* »¹⁷⁸. Enfin, on peut affirmer que l'acceptation de l'offre est la marque apparente du consentement, elle est donc une manifestation de volonté de s'engager dans relation contractuelle.

74. Il faut souligner que le Code civil égyptien est muet en ce qui concerne la définition de l'acceptation comme son homologue français avant l'ordonnance de 2016, qui a été précédée par de nombreuses tentatives pour définir et codifier l'acceptation de l'offre. D'une part, les principes d'unidroit de 2010 a défini l'acceptation à l'article 2.1.6.1 qui dispose que « *constitue une acceptation toute déclaration ou autre comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à l'offre* ». Aussi dans le même sens l'article 2 :204 concernant les principes du droit européen des contrats a mentionné la définition précédente des principes d'unidroit. D'autre part, concernant les avants projets doctrinaux, il faut mentionner que l'avant-projet de Catala a défini l'acceptation à l'article 115-5 qui

¹⁷⁴ Jean-Luc VALLAENS, Rolland WALTER, Nicole FERRY-MACARIO, Mirko HAYAT, Annie MÉDINA, Vincent REBYROL, Christophe ROQUILLY, Marina BERTREL, *Droit de l'entreprise, op.cit.*, p.454.

¹⁷⁵ Eric SAVAUX, *Les obligations, 1. l'acte juridique, op.cit.*, p.137.

¹⁷⁶ Voir notamment dans la doctrine égyptienne, Abd El Razaq Al SANHOURI, *Al Waseet, le contrat, op.cit.*, p.75 et s.

¹⁷⁷ Matthieu POUMAREDE, *Droit des obligations*, Lextenso, 3^e éd, 2014, p.110 ; V. dans la doctrine égyptienne dans le même esprit, Mostafa El GAMAL, *L'effort pour parvenir un contrat en droit comparé, op.cit.*, p.52.

¹⁷⁸ Serge GUINCHARD, Thierry DEBARD, (dir.), *Lexique des termes juridiques, op.cit.*, p.7.

prévoit que « *l'acceptation est un acte unilatéral par lequel son auteur exprime la volonté d'être lié dans les termes de l'offre. Une acceptation non conforme à l'offre est dépourvue d'effet, sauf à constituer une offre nouvelle* ». Dans le même contexte, le projet de réforme du droit des contrats de 2009 à l'article 23 dispose qu' « *est une acceptation la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre. Une acceptation non conforme à l'offre est dépourvue d'effet, sauf à constituer une offre nouvelle* ». En fin de compte, le législateur français a codifié la définition et le régime juridique de l'acceptation aux termes des articles 1118, 1119, 1120, 1121, et 1122 dans l'ordonnance de 2016. De ce fait, le Code civil actuel a défini l'acceptation à l'article 1118 qui énonce que « *l'acceptation est la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre. Tant que l'acceptation n'est pas parvenue à l'offrant, elle peut être librement rétractée, pourvu que la rétractation parvienne à l'offrant avant l'acceptation. L'acceptation non conforme à l'offre est dépourvue d'effet, sauf à constituer une offre nouvelle* ». On salue cette dernière définition, parce qu'elle donne une notion claire de l'acceptation de l'offre, et elle confirme avec d'autres articles¹⁷⁹ le système juridique d'accepter. Par voie de conséquence, on incite le législateur égyptien à suivre les traces de son homologue français pour adopter ces articles dans son Code civil.

2 : Les caractères essentiels

75. Avant d'entrer plus en détail, il apparaît approprié de préciser que l'objectif de l'examen des caractères de l'acceptation est de différencier cette dernière et d'autres notions, en particulier l'acceptation de l'invitation à entrer en négociation. Ainsi, il faut souligner que les caractères de l'acceptation dans la doctrine française et égyptienne sont identiques¹⁸⁰. Dès lors, l'acceptation est en principe libre, et pour produire ses résultats, elle doit être pure, simple et peut être expresse ou tacite.

¹⁷⁹ Les articles 1119, 1120, 1121, et 1122.

¹⁸⁰ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 9^e éd, LGDJ, 2017, p.273.

a : libre

76. L'acceptation est libre. Généralement, nul n'est contraint de donner suite à une offre de contrat. Le principe de liberté contractuelle impose en effet cette solution : libre de contracter, le destinataire de l'offre est aussi libre de ne pas contracter. Le destinataire est donc libre d'accepter ou non, mais s'il accepte, encore faut-il qu'il le fasse dans un délai raisonnable (acceptation dans un délai raisonnable : si l'acceptation était intervenue dans le délai raisonnable nécessairement contenu dans toute offre de vente non assortie d'un délai précis)¹⁸¹. Dans ce contexte, il convient de noter que le projet du Code civil égyptien actuel a confirmé ce sens dans son article 136 qui avait disposé que « *le destinataire a le droit de refuser l'offre* ». Mais, le comité de vérification pour le projet final a supprimé ce texte en disant que c'est un droit naturel donc il n'a pas besoin d'un texte juridique¹⁸². De plus, il est important de souligner que le législateur français a déclaré un des aspects de cette liberté dans l'ordonnance de 2016 à l'article 1118 qui prévoit que « *tant que l'acceptation n'est pas parvenue à l'offrant, elle peut être librement rétractée, pourvu que la rétractation parvienne à l'offrant avant l'acceptation* ». Enfin, on ne trouve pas un article similaire dans le Code civil égyptien bien que la doctrine égyptienne ait confirmé le même sens dans la plupart de ses ouvrages.

b : Pure et simple

77. L'offre elle doit être pure et un simple « oui » doit en principe suffire. Dans le sens qu'elle doit exprimer la volonté de son auteur d'être lié dans les termes précis de l'offre. Il convient de noter que la doctrine française et égyptienne estime que l'acceptation doit être en conformité avec l'offre. De ce fait, toute réponse différente de l'offre est une contre proposition, une offre

¹⁸¹ Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat, op.cit.*, n° 422 ; V. aussi. Cass. 3^e ch. civ., 20 mai 2009, n° 08-13.230 ; Dans le même esprit pour la doctrine égyptienne, Hamid Tag El SER, *Les dispositions contractuelles et la responsabilité contractuelle*, Dar Al Nahda Al Arabya, 2008, p.56.

¹⁸² Abd El Razaq Al SANHOURI, *Al Waseet, Le contrat, op.cit.*, p.180.

nouvelle¹⁸³ selon l'article 1118 alinéa 3 du Code civil français qui prévoit que « *l'acceptation non conforme à l'offre est dépourvue d'effet, sauf à constituer une offre nouvelle* ». Dans le même cadre, on trouve ce sens dans le Code civil égyptien dans son article 96 qui dispose que « *l'acceptation qui va au-delà de l'offre ou qui comporte une restriction ou une modification, est considérée comme un rejet renfermant une offre nouvelle* ». Également, l'acceptation doit être éclairée, c'est-à-dire que l'acceptation suppose la connaissance¹⁸⁴, autrement dit, elle doit être donnée en toute connaissance des clauses contractuelles.

c: expresse et tacite

78. L'acceptation, tout comme l'offre, est régie par le principe du consensualisme¹⁸⁵, aucune forme particulière est exigée, il suffit que la réponse donnée traduise une volonté certaine de contracter. Autrement dit, l'acceptant n'est pas normalement astreint au respect d'une forme déterminée, elle se doit simplement d'extérioriser sa volonté¹⁸⁶. L'acceptation est expresse lorsque le destinataire de l'offre a utilisé un moyen de communication (écrit, oral, ou geste) pour exprimer son acceptation. Elle est tacite lorsque, par son comportement, le destinataire de l'offre a indiqué son intention de conclure le contrat ; ainsi ; de ce qu'il a commencé à exécuter le contrat, on peut déduire qu'il a manifesté sa volonté de le conclure et donc son acceptation¹⁸⁷. Dans ce contexte, le Code civil égyptien à l'article 90 dispose qu' « *on peut déclarer sa volonté verbalement, par écrit ou par les signes généralement en usage, ou encore par une conduite telle que, dans les circonstances de la cause, elle ne laisse aucun doute sur la véritable intention. La déclaration de volonté peut être tacite, lorsque la loi ou les parties n'exigent pas qu'elle soit expresse* ». La question qui se pose ici, est que le silence peut être considéré comme acceptation dans le cas de l'attitude totalement passive

¹⁸³ Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat, op.cit.*, n° 422 ; Voir aussi. Mohamed Mahfoud, *Le contrat*, Mogamma El Atrach, Tunisie, 2012, p.32.

¹⁸⁴ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op.cit.*, p.273.

¹⁸⁵ Corinne Renault-BRAHINSKY, *Droit des obligations, op.cit.*, p.63.

¹⁸⁶ Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat, op.cit.*, n° 423.

¹⁸⁷ Muriel FABRE- MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral, op.cit.*, p.273.

du destinataire de l'offre, c'est-à-dire qu'il ne doit rien dire, rien faire. En effet, sauf exceptions légales ou jurisprudentielles, le silence ne vaut jamais acceptation et il est devenu classique de répartir en trois catégories les cas d'un tel silence circonstancié : l'existence de relations d'affaires antérieures entre les parties s'étant déjà traduites par la conclusion de conventions de même nature ; l'appartenance des deux parties à un même milieu professionnel connaissant un usage en ce sens ; l'offre faite dans l'intérêt exclusif de son destinataire¹⁸⁸. Il est nécessaire de souligner que le Code civil égyptien mentionnait ces exemples à l'article 98 qui prévoit que « *lorsque l'auteur de l'offre ne devait pas, en raison soit de la nature de l'affaire, soit des usages du commerce, soit d'autres circonstances, s'attendre à une acceptation expresse, le contrat est réputé conclu si l'offre n'a pas été refusée dans un délai convenable. L'absence de réponse vaut acceptation lorsque l'offre se rapporte à des relations d'affaires déjà existantes entre les parties, ou lorsqu'elle est purement dans l'intérêt de son destinataire* ». Aussi, le Code civil français, a confirmé la position de son homologue égyptien à l'article 1120 qui dispose que « *le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières* ».

2§ : La différence entre l'acceptation de l'invitation à entrer en négociation et l'acceptation de l'offre

79. Après avoir étudié les caractéristiques de l'acceptation de l'offre, la question qui découle est : comment peut-on distinguer l'acceptation de l'invitation à entrer en négociation et l'acceptation de l'offre ?

80. L'on pourrait croire que la différence fondamentale entre l'acceptation de l'offre et l'acceptation de l'invitation à entrer en négociation est l'effet et la valeur juridique. L'effet de l'acceptation de l'invitation à entrer en

¹⁸⁸ Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat, op.cit.*, n° 421 ; Cass. 1^{re} ch. civ., 24 mai 2005, n° 02-15.188 ; V. aussi Jean-Luc AUBERT, François Collart DUTILEUL, *Le contrat droit des obligations*, Dalloz, 5^e éd 2017, p.56 ; En droit égyptien, Rajab Karim Abd ALLAH, *La négociation d'un contrat*, Thèse, Le Caire, Dar Al Nahda Al Arabya, 2000, p.345.

négociation est l'accord des négociateurs sur l'entrée en négociations¹⁸⁹. Au demeurant, l'acceptation de l'invitation à entrer en négociation est considérée comme un acte de naissance des pourparlers. Une fois l'invitation à entrer en négociation acceptée, s'ouvre le temps des négociations. En conséquence, l'invitation à entrer en négociation, même si elle est acceptée, ne suffit pas pour former le contrat. Elle ne manifeste, de la part de celui qui l'émet, qu'une volonté de discuter. Sa volonté de conclure le contrat n'est pas encore présente et ne le sera peut-être jamais. Dès lors, afin de conclure le contrat il faudrait une nouvelle offre et acceptation du contrat projeté¹⁹⁰. Au contraire, la doctrine française et égyptienne estime que l'effet constitutif de l'acceptation est la formation du contrat. En d'autres termes, l'émission de l'acceptation entraîne la naissance du contrat projeté dont le contenu est fixé dans l'offre. Il convient de savoir que ceci a été confirmé par le législateur égyptien dans son Code civil à l'article 89 qui dispose que « *le contrat se forme dès que les deux parties ont échangé deux volontés concordantes, sans préjudice des formalités que la loi exige en outre pour la conclusion du contrat* ». À l'évidence, l'article 1121 de Code civil français reprend la même disposition en énonçant que « *le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est réputé l'être au lieu où l'acceptation est parvenue* ». Lors de la comparaison entre les deux articles, il semble que la formulation du texte français exprime plus clairement l'effet de l'acceptation. Enfin, l'importance pratique de cette distinction réside dans le fait que l'acceptation de l'offre conduit à la conclusion du contrat définitif, alors que l'acceptation de l'invitation à entrer en négociation conduit à la probabilité de conclure le contrat définitif.

81. En résumé, le présent chapitre traite les concepts des négociations précontractuelles et les pourparlers et leur importance dans la vie du contrat d'une manière comparable dans le droit français et égyptien. En premier lieu, d'une part, il faut noter que les expressions utilisées pour indiquer les négociations

¹⁸⁹ Rajab Karim Abd ALLAH, *La négociation d'un contrat*, op.cit., p.379 ; Abou AL Ella EL NEMR, *Les négociations de contrats commerciaux internationaux*, op.cit., p.30 ; Martine BEHAR, Georges VIRASSAMY, *Les contrats de la distribution*, Paris, LGDJ, 1999, p.143.

¹⁹⁰ L'article 91 du Code civil égyptien prévoit que « *le contrat est conclu lorsque le destinataire de l'offre expédie son acceptation* ».

précontractuelles et les pourparlers prêtent souvent à confusion, ce qui conduit à une vision floue lorsque la doctrine et de la jurisprudence traitent ces concepts. D'autre part, il faut souligner que le Code civil français comme son homologue égyptien n'a pas défini les négociations précontractuelles. Toutefois, la doctrine française et égyptienne a affirmé que les négociations précontractuelles sont une période exploratoire durant laquelle les négociateurs échangent leurs points de vue, formulent et discutent les propositions qu'ils se font mutuellement afin de déterminer le contenu du contrat proposé. Ainsi, on partage le point de vue du législateur français lorsqu'il a utilisé la notion des négociations précontractuelles plutôt que les pourparlers, parce qu'elle est plus précise. En deuxième lieu, il était nécessaire de mettre en surbrillance le mécanisme d'entrer en négociation. On a conclu que l'invitation à entrer en négociation constitue une invitation à entrer en contact où les pré-contractants explorent la possibilité de devenir cocontractants. De ce fait, il y a une différence entre l'invitation à entrer en négociation et l'offre de contracter en droit français et égyptien. L'invitation n'est ni précise, ni ferme, il n'y a aucun engagement contractuel entre ses parties, mais seulement un désir d'en arriver à un accord. Il y a aussi une différence entre l'acceptation de l'invitation à entrer en négociation et l'acceptation de l'offre.

Chapitre 2 : Les droits et les obligations régulant les négociations précontractuelles

82. Après avoir expliqué la notion et le mécanisme des négociations précontractuelles, il convient d'examiner les droits et les obligations des négociateurs, qui sont considérés le cadre général pour leurs négociations. Il convient de noter que le Code civil français dans sa version antérieure à l'ordonnance de 2016 et son homologue égyptien sont totalement muets sur la question des négociations précontractuelles. C'est pourquoi de nombreux principes et règles ont été élaborés par la jurisprudence et plusieurs projets doctrinaux afin d'organiser cette période. Par la suite, le législateur français a réalisé l'importance de codifier cette période par l'ordonnance du 10 février 2016 qui vise à fixer les principes régissant les négociations précontractuelles. En codifiant les solutions jurisprudentielles, il a établi le principe de liberté des négociations précontractuelles fondé sur le principe de liberté contractuelle. Ensuite, il a consacré les devoirs généraux comme l'obligation de bonne foi et l'obligation précontractuelle d'information, déjà largement admise en jurisprudence¹⁹¹. Bien au contraire, jusqu'à présent cette période est restée sans codification en droit égyptien. Il semble donc approprié et important d'étudier les principes et les obligations à ce stade, avant et après l'intervention du législateur français en 2016. Ceci permet de connaître comment le législateur français a codifié ces principes et obligations, de savoir s'il a mené sa tâche avec succès, et de répondre à la question suivante : Est-ce que l'ordonnance a créé un cadre juridique pour les négociations précontractuelles dans le Code civil français ? Il est tout aussi important d'étudier la situation en droit égyptien qui devra éventuellement être modifié, pour que le législateur égyptien puisse s'inspirer de l'expérience française. Par voie de conséquence, il convient d'examiner dans un premier temps, les principes et les droits régulant les négociations précontractuelles (Section 1). Puis dans un second temps, les obligations régulant les négociations précontractuelles (Section 2).

¹⁹¹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Section1 : Les principes et les droits régulant les négociations précontractuelles

83. Les négociations précontractuelles représente la période pendant laquelle les négociateurs tendent leurs efforts en vue de conclure le contrat final. Durant cette période, chaque négociateur est à la recherche de son intérêt¹⁹². La conséquence logique de celle-ci est la création des droits et des obligations des négociateurs au cours de la période de négociation, pour maintenir l'équilibre dans les relations précontractuelles. L'un des principes les plus importants est la liberté précontractuelle, qui a été inspiré du principe de la liberté contractuelle. Il est nécessaire donc d'examiner le principe de la liberté contractuelle, afin d'identifier si ce principe s'applique à la période précontractuelle ou non ? Quels sont le contenu et les limites de ce principe ? Quelle est la différence entre le principe de la liberté contractuelle et le principe de la liberté précontractuelle ? Ce dernier est-il considéré comme un principe indépendant ou une application et une extension du principe de la liberté contractuelle ? Par conséquent, il faut aborder dans un premier temps le principe de la liberté contractuelle (Sous-section 1). Puis dans un second temps il faut examiner le principe de la liberté précontractuelle (Sous-section 2).

Sous-section1 : Le principe de la liberté contractuelle

84. Le principe le plus important du droit des contrats français et égyptien est celui de la liberté contractuelle. Il est le père spirituel de plusieurs principes (surtout le principe de la liberté précontractuelle), articles et arrêts. Il n'est pas exagéré d'affirmer que ce principe est le cœur du droit des contrats en France et en Égypte. Par voie de conséquence, il est approprié d'étudier d'abord le principe dans la doctrine française et égyptienne (§1), parce que l'attention des auteurs portée à un tel principe a conduit le législateur français à le codifier dans son Code civil. Puis, il est autant important d'examiner le principe dans le Code civil français et égyptien (§2).

¹⁹² Hugues KENFACK, Solène RINGLER, *Droit des contrats spéciaux*, op.cit., p.22.

§1: Le principe dans la doctrine française et égyptienne

85. Il est reconnu que lorsque deux parties décident de nouer un rapport contractuel, elles le font en principe en toute liberté à la fois quant au contenu et quant à la forme du contrat projeté. C'est le principe de la liberté contractuelle¹⁹³. Le principe de la liberté contractuelle est l'un des principes essentiels du droit de contrat. Nul ne songe sérieusement à contester à ce que la liberté contractuelle constitue un pôle essentiel de notre théorie générale du contrat, soit en droit français soit en droit égyptien, parce qu'elle est une conséquence logique de la notion de la liberté individuelle. Ainsi, selon certains auteurs la liberté contractuelle est « le point de départ », « le moteur du contrat »¹⁹⁴, « le principe directeur »¹⁹⁵, « le droit fondamentale » dans le droit du contrat.

86. Il convient de noter que le droit des contrats, en France comme en Égypte, repose sur la liberté contractuelle qui est la conséquence de l'autonomie de la volonté. Cette dernière repose sur la croyance en la liberté naturelle de l'homme¹⁹⁶. Le principe d'autonomie de la volonté est lié au droit des contrats français et égyptien et signifie que la volonté des parties, à elle seule, crée le contrat et tous ses effets qui en découlent. Ainsi, selon ce principe, les parties sont présumées libres et égales, et nul ne peut forcer les parties à s'engager sans leurs désirs et leurs volontés¹⁹⁷. Par conséquent, le principe de l'autonomie de la volonté induit une conséquence très importante en ce qui concerne la formation

¹⁹³ Pierre-Yves GAHDOUN, *Le Conseil constitutionnel et le contrat*, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 31 mars 2011, p.2 ; Dans le même sens voir dans la doctrine égyptienne, Abd El Razaq -Al SANHOURI, *Al Waseet, les sources de l'obligation*, Dar El NHHDA AL Arabya, 2010, p.141.

¹⁹⁴ Jacques CHESTIN, Grégoire LOISEAU, Yves-Marie SERINET, *La formation du contrat. tome I : Le contrat- Le consentement*, op.cit., p.190.

¹⁹⁵ Cécile PÉRÈS, *La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie*, Recueil Dalloz, 2009, p.381.

¹⁹⁶ La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 affirme que tous les hommes naissent et demeurent libres.

¹⁹⁷ Ramadan Mohammed ABU EL SAUD, *Les principes de l'obligation dans la loi égyptienne et libanaise*, El Dar El Gammiya, 1984, p.25.

des contrats qu'est la liberté contractuelle. De ce fait, la liberté contractuelle peut être définie par son contenu.

87. Il ne faut pas oublier que la doctrine et la jurisprudence en France et en Égypte ont joué un rôle important dans la détermination du contenu et les limites de ce principe. En ce qui concerne le contenu du principe de la liberté contractuelle, on peut affirmer que ce principe comporte une triple dimension en France comme en Égypte qui sont : la liberté de contracter ou de ne pas contracter, la libre détermination le contenu et la forme du contrat, la liberté de choisir son cocontractant (libre choix du cocontractant) ¹⁹⁸ . La première dimension : la liberté de contracter. Cette dernière signifie que les parties peuvent choisir de contracter ou pas¹⁹⁹. Chacun peut choisir d'entrer ou pas dans un lien juridique avec l'autre personne. Pourtant, il y a des limites à cette liberté de contracter ou pas et ce en vertu de la loi ou de l'ordre public. Par exemple, la loi impose aux individus des obligations de contracter, comme dans le contrat d'assurance automobile afin de protéger les propriétaires du véhicule et les autres usagers de la route contre les conséquences graves d'un accident. C'est ainsi que la loi a limité la liberté des individus de contracter. La deuxième dimension : la liberté de déterminer le contenu et la forme du contrat, signifie que les parties sont libres de déterminer le contenu du contrat qu'il s'agisse du type, de l'objet, des termes, des modalités d'exécution de leur contrat²⁰⁰. Quant à la forme du contrat, les parties ont la liberté totale de choisir la forme appropriée pour leur relation contractuelle. C'est leur consentement seul qui importe et non telle ou telle forme imposée par la loi. Cette liberté est également limitée, par exemple le contrat d'adhésion dont les termes sont imposés par une partie à l'autre. C'est-à-dire qu'ils peuvent ou non accepter les termes du contrat tels quels ou bien ne pas les

¹⁹⁸ Cécile PÉRÈS, *La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie*, *op.cit.*, p.381 ; Voir dans la doctrine égyptienne, Abd El Rahman AYAD, *La base de l'obligation contractuelle*, Le bureau égyptienne moderne, Alexandrie, 1990, p.364.

¹⁹⁹ Philippe DELEBECQUE, Frédéric-Jérôme PANSIER, *Droit des obligations, contrat et quasi-contrat*, *op.cit.*, p.34 ; Dans le même sens dans la doctrine égyptienne, Voir, Fathi Abdul Rahim ABD ALLAH, *Les éléments du contrat comme une source de l'engagement*, Le Caire, 1979, p.61.

²⁰⁰ Jérôme JULIEN, *Droit des obligations*, *op.cit.*, p.51.

accepter du tout, notamment dans la vente au consommateur (le contrat de franchise²⁰¹, le contrat d'abonnement, etc.). Cette liberté trouve ainsi une autre limite, celle de la nécessité de respecter l'ordre public et des bonnes mœurs²⁰² selon l'article 6 du Code civil français qui dispose que l'« *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Par exemple le contrat de mariage entre un frère et une sœur est considéré comme nul juridiquement²⁰³, comme c'est le cas en droit égyptien pour le contrat de prostitution. C'est une disposition d'ordre public. La troisième dimension : la liberté de choisir son cocontractant. Par principe, on est libre de contracter avec la personne de notre choix. Chaque personne est libre de contracter avec une personne qui pense que le fait d'entrer dans une relation contractuelle peut lui permettre d'obtenir une faveur. En revanche, il y a des limites à cette liberté. Par exemple l'article L.121-11 du Code de la consommation interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service sauf motif légitime. Par ailleurs, le droit en France et en Égypte prohibe toute discrimination lorsqu'elle est fondée sur la race, le sexe, les convictions religieuses ou politiques. Aussi, dans le droit civil égyptien, on est obligé de contracter avec une personne déterminée dans certains cas prédéfinis comme par exemple la *chefâa*²⁰⁴ (préemption) dans l'article 935²⁰⁵ et 936²⁰⁶ du Code civil

²⁰¹ Voir, Magued ACKAD, *Le contrat de franchise en Égypte : étude comparée de droit français et égyptien*, Thèse, Université de Montpellier, 2001.

²⁰² Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, tome 1, Contrat et engagement unilatéral*, op.cit., p.76.

²⁰³ L'article 162 du Code civil français prévoit que « *le mariage est interdit entre frères et sœurs* ».

²⁰⁴ Historiquement son origine est le droit de la propriété islamique.

²⁰⁵ L'article 935 « *La préemption est la faculté de se substituer, dans une vente immobilière, à l'acheteur dans les cas et aux conditions prévues aux articles suivants* ».

égyptien. Ceci est le droit donné à personne de pouvoir se substituer à l'acquéreur d'un bien ou d'un droit pour en faire l'acquisition à sa place et dans les mêmes droits et obligations que ce dernier. Ce qui représente une limitation de la liberté de choisir l'autre contractant. Enfin, il doit être noté que le Conseil Constitutionnel en France a affirmé la valeur constitutionnelle du principe de libre choix du cocontractant²⁰⁷. Cela nous amène à traiter la constitutionnalité du principe de la liberté contractuelle.

88. En premier lieu, le Conseil Constitutionnel en France dans sa décision du 13 juin 2013 déclare, pour la première fois, l'inconstitutionnalité d'une loi portant une atteinte disproportionnée à la liberté contractuelle stricto sensu et, plus précisément, à deux de ses applications essentielles, la liberté de choisir son cocontractant et celle de déterminer le contenu du contrat. Cela signifie que le Conseil Constitutionnel fait reconnaissance de la valeur constitutionnelle du principe de la liberté contractuelle²⁰⁸. En deuxième lieu, il convient de souligner que la Cour Constitutionnelle Suprême égyptienne a précédé le Conseil Constitutionnel français en reconnaissance de la valeur

²⁰⁶ L'article 936 « le droit de préemption appartient : A) Au nu-propriétaire dans le cas de vente de tout ou partie de l'usufruit correspondant à la nue-propriété. B) Au copropriétaire à l'indivis en cas de vente d'une partie de l'immeuble indivis à un tiers. C) A l'usufruitier en cas de vente de tout ou partie de la nue-propriété correspondant à son usufruit. D) En cas de hekr, au nu-propriétaire si la vente porte sur le droit de hekr, et au titulaire de ce droit si la vente porte sur la nue-propriété. E) Au propriétaire voisin dans les cas suivants : 1° S'il s'agit de construction ou de terrains destinés à être bâtis situés dans une ville ou dans un village. 2° Si une servitude grève le terrain du voisin au profit du terrain vendu, ou si une servitude grève le terrain vendu au profit du terrain du voisin. 3° Si les deux terrains sont contigus de deux côtés, et que la valeur du terrain du préempteur représente au moins la moitié de la valeur du terrain vendu ».

²⁰⁷ Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, tome 1, Contrat et engagement unilatéral*, op.cit., p.86 ; Dans le même sens dans la doctrine égyptienne, Voir, Mohamed Labib SHANAB, *Les leçons de la théorie de l'engagement*, Dar Al Nahda Al Arabya, Le Caire, 1976, p.31.

²⁰⁸ Cons. Const, 13 juin 2013, n° 2013-672 DC : JCP G 2013,929, note Jacques GHESTIN ; Journal Officiel 16 Juin 2013, JCP G 2013, obs. Mostapha MEKKI à paraître ; publiée sur le site du Conseil constitutionnel. Il faut savoir que longtemps, le Conseil constitutionnel s'est refusé à protéger la liberté contractuelle. Dans une décision du 3 août 1994, les Sages avaient, en effet, affirmé qu'aucune norme à valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle.

constitutionnelle du principe de la liberté contractuelle. En effet, la Cour Constitutionnelle Suprême en février 1997²⁰⁹ a annoncé dans un arrêt célèbre la reconnaissance constitutionnelle du principe de la liberté contractuelle. Bien que la constitution égyptienne ne fasse pas explicitement référence à cette liberté dans aucun de ses articles, mais la Cour a donné la valeur constitutionnelle du principe de la liberté contractuelle en se basant sur l'article 54 de la constitution de 2014 qui dispose que « *la liberté personnelle est un droit naturel qui est protégé et auquel on ne peut porter atteinte (...)* ». En conséquence, la Cour a jugé inconstitutionnels certains textes de loi qui limitent la liberté contractuelle tels que les textes qui ont décidé que la relation entre le bailleur et le locataire à vie éternelle ou installer le tarif pour toute la durée de la période du contrat de location. Ce principe a été réaffirmé par la Cour Constitutionnelle Suprême en 2003²¹⁰ et 2004²¹¹.

§2 : *Le principe dans le Code civil français et égyptien*

89. Il faut constater qu'il n'y a aucun texte du Code civil égyptien et du Code civil français, dans sa version antérieure à 2016, qui affirme expressément le principe de la liberté contractuelle. Mais ce principe est exprimé de manière indirecte et implicite dans certain nombre de textes du Code civil français. Par exemple, la liberté contractuelle implicitement consacrée par l'article 6 du Code civil français « *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Et selon l'article 1123 du Code civil français « *toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi* ». Et à l'article 1134 du Code civil français, selon lequel « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi* ». Il est le même à l'article 147-1 du Code civil égyptien qui dispose que « *le contrat fait la loi des parties. Il ne peut être révoqué ni modifié que de leur consentement mutuel, ou pour les causes prévues par la loi* ».

²⁰⁹ La Cour Constitutionnelle Suprême Égyptienne, Arrêt n° 78 du 1 février 1997.

²¹⁰ La Cour Constitutionnelle Suprême Égyptienne, Arrêt n° 4 du 13 avril 2003.

²¹¹ La Cour Constitutionnelle Suprême Égyptienne, Arrêt n° 47 du 4 avril 2004.

90. Il faut noter que le droit français était plus intéressé que son homologue égyptien en ce qui concerne ce principe, car certains projets de droits ont indiqué explicitement ce principe. L'utilité de ce principe éveille notre intérêt, il apparaît important d'étudier la manière dont le droit français s'est intéressé à ce principe. D'une part, la liberté contractuelle apparaît à l'article 4 de la déclaration universelle des droits de l'homme « *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui (...)* »²¹². Ainsi, les principes d'Unidroit affirment le principe de liberté contractuelle en tête des dispositions générales, à l'article 1.1 « *les parties sont libres de conclure un contrat et d'en fixer le contenu* ». Également les principes de droit européen des contrats affirment ce principe à l'article 2 :201 alinéa 1 « *un contrat est conclu dès lors que (a) Les parties ont manifesté leur intention d'être engagées, (b) et sont parvenues à un accord sur les éléments essentiels du contrat* ». D'autre part, la liberté contractuelle est consacrée expressément dans le projet portant réforme du droit des contrats a été élaboré par la Chancellerie 2008 à l'article 15 qui prévoit que « *chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter* ». Aussi, à l'article 16 qui dispose que « *la liberté contractuelle emporte celle de choisir son cocontractant, ainsi que celle de déterminer le contenu et la forme du contrat. Toutefois, il ne peut être dérogé, par des conventions, à l'ordre public et aux bonnes mœurs* ». Dans le même sens, le projet de réforme du droit des contrats de 2009 dans son article 5 dispose que « *chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter. La liberté contractuelle emporte celle de choisir son cocontractant, ainsi que celle de déterminer le contenu et la forme du contrat. Elle s'exerce dans le respect de l'article 6 du présent Code* ». Le projet d'ordonnance de mars 2015 a aussi traité le principe de la liberté contractuelle à l'article 112 qui dispose que « *chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. Toutefois, la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés*

²¹² L'article 4 « *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi* ».

fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché ».

91. Enfin, le législateur français adopta le principe de la liberté contractuelle explicite et sans ambiguïté dans le Code civil français par l'ordonnance de 2016 dans son article 1102 qui dispose que « *chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi ; la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public* ». Si on analyse l'article 1102 de l'ordonnance de 2016, il apparaît clairement que ce dernier se compose de deux alinéas, le premier pose le principe et le second en fixe les limites : Dans un premier temps, le principe. D'une part, le principe de liberté contractuelle se décline en quatre pivots : la liberté de contracter ou non, la liberté de choix du cocontractant, la liberté de déterminer le contenu et la liberté de la forme. Lorsque on a analysé l'article 1102, on remarque que le contenu de ces libertés est le même que on a déjà expliqué précédemment, on peut donc confirmer que ce texte ne dispose pas de créativité et d'innovation dans son contenu. Mais ce qui est novateur c'est le fait que le législateur a répondu à l'appel de la doctrine et des projets de droits de codifier la liberté contractuelle. Ceci est l'aspect le plus important. D'autre part, il faut le relever, ici encore, que le texte fondateur de la liberté contractuelle dans l'ordonnance de 2016 est l'article 1102 alinéa 1 affirmant dorénavant que « *chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* ». Cette formule est assez proche de celle qui existait dans les articles 15²¹³, 16²¹⁴ du projet de la chancellerie de mai 2008, l'article 5 du projet de février 2009²¹⁵, au sein de

²¹³ L'article 15 « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracte* ».

²¹⁴ L'article 16 « *La liberté contractuelle emporte celle de choisir son cocontractant, ainsi que celle de déterminer le contenu et la forme du contrat. Toutefois, il ne peut être dérogé, par des conventions, à l'ordre public et aux bonnes mœurs* ».

²¹⁵ L'article 5 « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter. La liberté contractuelle emporte celle de choisir son cocontractant, ainsi que celle de déterminer le contenu et la forme du contrat. Elle s'exerce dans le respect de l'article 6 du présent Code* ».

l'avant-projet Terré qui le prévoit dans son article 3²¹⁶ et identique à l'article 1102 du projet d'ordonnance de mars 2015. Ainsi, les rédacteurs de l'ordonnance dans le rapport au président de la république relatif à l'ordonnance de 2016 affirment que « *l'article 1102 est consacré à la liberté contractuelle, principe dont le Conseil Constitutionnel a d'ailleurs récemment consacré la valeur constitutionnelle* »²¹⁷. Dans un second temps les limites. Selon l'alinéa 2 de l'article 1102 de l'ordonnance de 2016, la liberté contractuelle est encadrée par une limite de l'ordre public en affirmant que « *la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public* ».

92. Il convient de noter que l'ordonnance de 2016 a abandonné deux idées : la première est celle des bonnes mœurs : Pour certains auteurs, la liberté contractuelle est encadrée par les « règles qui intéressent l'ordre public »²¹⁸. À la différence du projet Terré et Chancellerie, aucune référence n'est faite aux bonnes mœurs. L'idée serait donc que l'ordre public est entendu au sens le plus large, au sens fonctionnel, désignant toutes les limites apportées à la volonté, intégrant ainsi les bonnes mœurs. Certains auteurs comprennent cette formulation au sens que le législateur abandonne l'idée des bonnes mœurs à celle d'une limite à la liberté. Cette opinion est confirmée par les rédacteurs de l'ordonnance dans le rapport au Président de la république relatif à l'ordonnance de 2016 soulignant que l'article 1102 a s'est inspiré de l'article 6 du Code civil, sans toutefois maintenir l'interdiction de déroger aux bonnes mœurs. « *cette notion apparaît en effet désuète au regard de l'évolution de la société, et la jurisprudence l'a progressivement abandonnée au profit de la notion d'ordre public dont elle n'a eu de cesse de développer le contenu* »²¹⁹. La deuxième idée est celle des droits et des libertés fondamentaux. Comme mentionné plus haut, selon l'alinéa 2 de l'article 1102 de l'ordonnance de 2016, la liberté contractuelle est bordée par une

²¹⁶ L'article 3 « *Les parties sont libres, dans les limites fixées par la loi, de choisir leur cocontractant et de déterminer la forme et le contenu du contrat* ».

²¹⁷ Cons. Const. 13 juin 2013, 2013-672DC.

²¹⁸ Mustapha MEKKI, *Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations*, Recueil Dalloz, 2015, p.816.

²¹⁹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, p.5.

limite qui est l'ordre public. Alors que, selon l'alinéa 2 de l'article 1102 du projet de l'ordonnance de 2015, la liberté contractuelle est bordée par deux limites : la première, par « l'ordre public », ensuite, par « les droits et les libertés fondamentaux ». Il semble que la raison de l'abandon de l'ordonnance de 2016 sur les deux idées est que l'ordre public est entendu au sens le plus large, au sens fonctionnel, désignant toutes les limites apportées à la volonté, intégrant ainsi les bonnes mœurs²²⁰, les droits et les libertés fondamentaux. Néanmoins, il est important de souligner que d'un point de vue pratique surtout concernant l'interprétation du texte, il aurait été préférable de ne pas abandonner ces idées, car l'idée de l'ordre public est l'une des notions les plus vagues et ambiguës. Par voie de conséquence, la tâche de l'interprétation par les juges deviendrait assez malaisée.

93. Finalement, on peut partager le point de vue avec les auteurs qui affirme que « *la caractéristique la plus importante de ce texte est marqué du sceau d'un libéralisme de bon aloi qui se traduit par une confiance renouvelée envers la liberté des parties et un renforcement des objectifs de prévisibilité, sécurité, simplicité et rapidité en matière contractuelle* »²²¹. De ce fait, le législateur français affirme officiellement l'admission du principe de la liberté contractuelle comme une victoire pour le concept de libéralisme dans le domaine des contrats. En conséquence, il est recommandé que le législateur égyptien suive l'exemple de son homologue français pour adopter un tel texte dans le Code civil égyptien.

²²⁰ Mustapha MEKKI, *Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations*, op.cit., p.816.

²²¹ Philippe DUPICHOT, *Projet de réforme du droit des contrats : regards croisés, droit et patrimoine*, mai, 2015, n° 247, p.32. Cette conférence a d'abord été délivrée dans le cadre de l'Association Henri Capitant à Athènes (Groupe grec, 11 juin 2014, Institut hellénique de droit international et étranger), puis au Caire (Groupe égyptien, 23 juin 2014, Institut de droit des affaires internationales de Paris 1 au Caire). Également donnée à l'université Paris-Est Créteil (UPEC) le 18 décembre 2014, elle a été actualisée à la suite de la parution du projet d'ordonnance en date du 25 février 2015.

Sous-section 2 : Le principe de la liberté précontractuelle

94. Après l'examen du principe de la liberté contractuelle, il faut examiner l'existence du principe de la liberté précontractuelle en droit français et en droit égyptien. Ensuite, la question qui se pose est de savoir si le principe de la liberté précontractuelle est un principe indépendant ou l'extension du principe de la liberté contractuelle ? On peut affirmer que la réponse est différente en France et en Égypte.

95. En premier lieu, en France on estime que le principe de la liberté précontractuelle est un principe indépendant, pour deux raisons : premièrement, il existe des textes qui prévoient explicitement le principe de la liberté précontractuelle dans les projets de droit français²²². Aussi, sans aucun doute aujourd'hui le principe de la liberté précontractuelle est un principe indépendant selon l'article 1112 de l'ordonnance qui dispose que « *l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres* ». Deuxièmement, il existe de différence entre les contenus des deux principes. Alors que le contenu de principe de la liberté contractuelle est la liberté de contracter ou pas, la libre détermination du contenu et de la forme du contrat, la liberté de choisir le cocontractant, le contenu de principe de la liberté précontractuelle est la liberté d'entrer en négociations, le droit de rompre les négociations précontractuelles et le droit de mener des négociations parallèles. De ce fait, le contenu de chaque principe est différent de l'autre. Ces deux raisons conduisent donc à confirmer que le principe de la liberté précontractuelle est un principe indépendant.

96. En second lieu, pour l'Égypte il semble que la liberté précontractuelle est une extension du principe de la liberté contractuelle. Comment peut-on donc expliquer ce point de vue ? On peut justifier cela en disant, qu'en Égypte il n'y a pas des articles particuliers et indépendants pour le principe de la liberté précontractuelle. Mais il y a des tentatives de la doctrine et de la jurisprudence

²²² Par exemple l'article du avant projet catala 1104 dispose que « *l'initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres...* ». Aussi dans le projet de reforme du droit des contrats de 2009 dans son article 16 dispose que « *l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres* ».

égyptienne en vue d'appliquer le principe de la liberté contractuelle sur la période de négociations précontractuelles bien qu'il n'y ait aucun texte dans le Code civil égyptien, car la liberté précontractuelle est un principe complémentaire nécessaire au bon déroulement des négociations. En conséquence, la liberté précontractuelle est une extension du principe de la liberté contractuelle. Bien qu'il existe une différence entre la position française et égyptienne, il y a une convergence entre les deux. En général, la période précontractuelle est gouvernée par le principe de liberté précontractuelle, c'est-à-dire que les négociateurs sont libres d'entrer en négociations précontractuelles, de mener leurs négociations, de mener des négociations parallèles et d'y mettre fin comme et quand bon leur semble. Par conséquent, il convient d'étudier avec attention le contenu de ce principe dans le droit français et égyptien. D'abord, la liberté d'entrer en négociations précontractuelles en droit français et égyptien (§1) Ensuite, le droit de mener des négociations parallèles (§2) Enfin, il convient de noter qu'il est plus approprié d'étudier dans le deuxième titre le droit de rompre les négociations précontractuelles lié à la responsabilité précontractuelle, à la suite de la rupture des négociations précontractuelles²²³.

§1 : La liberté d'entrer en négociations précontractuelles

97. La liberté d'entrer en négociations précontractuelles représente le premier axe du principe de la liberté précontractuelle et est considéré comme une traduction de ce dernier. Il implique que les pré-contractants ont le droit d'entrer en négociations précontractuelles et le droit de refuser d'entrer en négociations précontractuelles, mais on ne saurait concevoir de les obliger à négocier sans leur volonté. Cette tendance correspond fort bien à l'image que le Code civil français et égyptien²²⁴ donne du contrat : acte subjectif, interindividuel, résultant d'intérêts antagonistes ²²⁵ . On peut donc affirmer que la matière des négociations précontractuelles est régie par un principe de liberté, celui d'entrer en

²²³ V. *infra* n° 140 et s.

²²⁴ Voir dans la doctrine égyptienne, El Mahdi Nazeh EL SADIQ, *L'engagement précontractuel de l'information*, Dar Al Nahda Al Arabya, 1990, p.184.

²²⁵ Claire POITEVIN, *L'avant-contrat en droit des contrats d'auteur*, *op.cit.*, p.53.

négociations²²⁶. Autrement dit, les négociations précontractuelles sont un acte de liberté.

98. L'entrée en négociations précontractuelles apparaît sous plusieurs formes, il peut s'agir d'une offre d'entrer en négociations précontractuelles, ou encore de la réponse à une offre par une contreproposition, une invitation à entrer en négociation entre les négociateurs, une invitation à négocier dans les journaux ou par des moyens de communication modernes, etc. Cette entrée en négociations est par principe libre, malgré quelques restrictions liées à certains domaines particuliers du droit.

99. Par ailleurs, il faut souligner que l'examen de la liberté d'entrer en négociations précontractuelles, conduit à étudier le refus d'entrer en négociations précontractuelles, parce que comme la liberté d'entrer en négociations précontractuelles, à l'un des aspects de la liberté précontractuelle, le refus d'entrer en négociations précontractuelles, représente également un autre aspect de cette liberté.

100. En France, le principe de la liberté d'entrer en négociations précontractuelles, signifie que nul ne soit contraint d'entrer en négociations, avec une personne intéressée qui en ferait la demande. Il n'y a aucune obligation de conclure le contrat projeté, même si les négociateurs sont entrés en négociations précontractuelles à cette fin²²⁷. Alors, chaque personne est libre d'entrer et de refuser d'entrer en négociations précontractuelles. On donne un exemple de refus d'entrer en négociations précontractuelles, dans le droit de la concurrence : tout professionnel est libre de vendre ou pas un bien ou un service à un autre professionnel. Cette liberté de refus de vente et de prestation de service entre professionnels par la loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 (loi Galland), implique non seulement le droit de ne pas contracter mais aussi le droit de ne pas entrer en

²²⁶ Anne-Sophie DUPRÉ-DALLEMAGNE, *Nouvelles précisions sur le régime applicable à la rupture unilatérale des pourparlers*, Recueil Dalloz, 2004, p.869.

²²⁷ Jacques CHESTIN, Grégoire LOISEAU, Yves-Marie SERINET, *La formation du contrat, tome 1 : Le contrat- Le consentement*, op.cit., p.513.

négociations précontractuelles²²⁸. Également, l'article L.121-11 du Code de la consommation dispose qu'il « *est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime* »²²⁹. Le refus de vendre pour motif légitime peut être justifié par la loi qui interdit la vente à certains consommateurs comme l'alcool et le tabac aux mineurs. À titre des motifs légitimes, on peut justifier le refus de contracter et aussi le refus d'entrer en négociations précontractuelles.

101. En Égypte, selon la règle générale chacun est libre de refuser de contracter. Cette règle s'étend dans la période précontractuelle, c'est-à-dire que le refus de contracter et le refus d'entrer en négociations précontractuelles, n'est pas une faute en soi. Selon certains auteurs égyptiens, le négociateur a le droit de refuser l'invitation à négocier sans donner de raisons ni de justifications²³⁰. L'on comprend bien que dans le pratique, chaque négociateur a le droit de refuser d'entrer en négociations précontractuelles, parce qu'il n'y a aucune obligation légale à entrer en négociations, et on ne peut pas forcer l'autre partie à négocier. Cela est basé sur le principe de la liberté précontractuelle. Enfin, il faut préciser que, selon la doctrine égyptienne, le problème fondamental dans la période précontractuelle n'est pas le refus d'entrer en négociations précontractuelles. Par conséquent, on ne trouve pas énormément d'opinions concernant le refus d'entrer en négociations précontractuelles, parce que le problème fondamental pour la doctrine est la rupture des négociations précontractuelles.

²²⁸ Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat, op.cit.*, n°124.

²²⁹ Ce texte a été modifié en 2013, deux modifications émises par la loi du 28 janvier 2013 et d'une ordonnance du 27 juin 2013. Cette disposition s'applique à toutes les activités de productions, de service et de distribution ainsi celles qui sont le fait du domaine public comme la délégation de service public.

²³⁰ EL Araby BEL HAJ, *Le cadre juridique de la phase précédant à la conclusion du contrat, dans le droit civil algérien étude comparative*, Dar Waal, 2010, p.46 ; Hossam El Din EL AHWANI, *Les negotiations pendant la période pré-contractuelle*, Revue de Droit et d'Economie, université Ain Shams, 1996, n° 2 p.394.

§2 : *Le droit de mener des négociations parallèles*

102. Le deuxième axe du principe de la liberté précontractuelle est le droit de mener des négociations parallèles. Ce droit signifie que le négociateur a le droit de négocier avec plus qu'un futur contractant, en même temps, pour conclure le même contrat projeté. La question qui se pose est de savoir si les négociations sont nécessairement exclusives ? Est-il interdit au négociateur d'ores et déjà engagé dans une négociation de nouer des contacts parallèles ? La doctrine et la jurisprudence française et égyptienne, qui ont une vision similaire à ce propos, appellent à une réponse négative et ouvrent dès lors à chacun la faculté de mener des négociations parallèles²³¹. Cela donc n'est pas une faute en soi. En général, c'est le principe de la liberté précontractuelle qui règne sur la période précontractuelle. Cette liberté suppose que l'on puisse mener des négociations parallèles. Cette liberté est une nécessité dans une économie à tendance libérale où la concurrence est de principe. Il faut noter que ce droit est soumis à deux devoirs, le premier est un devoir de sincérité : à défaut de révéler le ou les autres partenaires à une négociation parallèle, le « bi-négociateur » doit signaler l'éventualité de celle-ci et, peut-être, la possibilité de son succès. Quant au deuxième, c'est le devoir de confidentialité qui pourra, à l'inverse, être retenu, même en l'absence de convention expresse. Il portera plus sur l'identité du négociant que sur l'état de la discussion et ses chances de succès. Ce devoir a été rappelé par la Cour de Bordeaux dans un arrêt rendu le 11 juin 1996²³².

103. Comment peut-on justifier ce droit ? D'abord, le principe de la liberté de la concurrence postule qu'un négociateur puisse entrer en négociations avec plusieurs partenaires de manière simultanée²³³. Ainsi, le devoir de loyauté ne s'oppose pas à l'entrée d'un négociateur en négociations avec plusieurs

²³¹ Voir dans la doctrine égyptienne, Abou El Ella EL NEMR, *Les négociations de contrats commerciaux internationaux*, op.cit., p.51; Voir aussi dans la doctrine française, Philippe LE TOURNEAU, *Contrats informatiques et électroniques*, Dalloz, 9^e éd, 2016-2017, n°11.21, p.56.

²³² Pierre MOUSSERON, *Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle*, RTD com. 1998, p.243.

²³³ Philippe LE TOURNEAU, *Contrats informatiques et électroniques*, op.cit., n°11.21, p.56.

partenaires de manière simultanée²³⁴. Ensuite, le devoir de bonne foi ne contredit pas l'existence de négociations parallèles, le droit ne constitue donc pas, en soi, une faute, mais la faute est la dissimulation de l'existence de négociations parallèles²³⁵.

104. On a mentionné précédemment que le droit de mener des négociations parallèles, c'est-à-dire que chaque négociateur a la liberté de négocier avec plusieurs négociateurs éventuels afin d'obtenir la meilleure offre. Ce n'est évidemment pas le cas lorsque les négociateurs conviennent de l'existence d'une clause d'exclusivité dans le contrat de négociation. C'est-à-dire que cette clause consiste à interdire à chaque négociateur toute négociation parallèle avec un tiers tant que les négociations entre eux ne sont pas terminées. Dans ce cas, si le négociateur n'a pas respecté la clause d'exclusivité sa responsabilité peut être engagée car le dernier manque à ses obligations contractuelles. En pratique, l'exclusivité peut être renforcée par une clause de sincérité qui oblige les parties à révéler les négociations parallèles qu'elles ont engagées, ou par une clause pénale qui fixe un montant forfaitaire des dommages-intérêts dus en cas de manquement à la clause d'exclusivité²³⁶. Pourtant, les négociateurs peuvent toutefois tempérer l'exclusivité en prévoyant les modalités d'une négociation parallèle, et ce par l'insertion d'une clause de préférence. Il s'agit d'une clause par laquelle une partie accepte le principe de la négociation parallèle à condition qu'on lui accorde une préférence²³⁷.

²³⁴ Philippe LE TOURNEAU, Matthieu POUMARÈDE, *Bonne foi*, Rép. civ., janvier 2017, n°29.

²³⁵ Nicolas MATHEY, *Cession de droits sociaux : retour sur la rupture de pourparlers*, Revue des sociétés, 2004, p.325.

²³⁶ Jacques MESTRE, *Des négociations parallèles au projet commun*, RTD, civ, 1992, p.752; Pierre MOUSSERON, *Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle*, op.cit., p.243.

²³⁷ Nicolas MATHEY *Cession de droits sociaux : retour sur la rupture de pourparlers*, op.cit., p.325. Par exemple, si (A) négocie avec (B) et entretient une négociation parallèle avec (C), et que (B) s'aligne sur l'accord parallèle, alors la préférence ira à (B) et non au partenaire de la négociation parallèle.

105. La jurisprudence admet la possibilité de négociation parallèle, par exemple la Cour de cassation française dans son arrêt du 26 novembre 2003 estimé que le fait de mener des négociations parallèles n'est pas une faute en soi, sauf s'il est dicté par l'intention de nuire ou s'accompagne de manœuvres frauduleuses, une faute de nature à engager la responsabilité de son auteur. Dans le même ordre d'idées, la Cour de cassation française dans un arrêt récent en 2013 a jugé non fautif le fait d'entrer en pourparlers avec plusieurs partenaires simultanément et n'est pas fautif en l'absence d'une clause d'exclusivité. Les conditions dans lesquelles des négociations parallèles sont menées sont déloyales et fautives lorsqu'elles conduisent l'une des entreprises à fournir des informations importantes sur ses produits et à transmettre des prototypes tout en étant maintenue dans l'ignorance de ces négociations parallèles²³⁸. Sur cette même question, l'absence des arrêts similaires est regrettable dans le système judiciaire égyptien.

106. Il paraît utile enfin de rappeler un exemple pour démontrer comment les négociations parallèles se produisent dans la pratique: (A) négocie avec (B) et (C) mais il y a un cloisonnement entre les deux négociations et on peut sous diviser ce exemple en deux hypothèses: La première hypothèse est le cloisonnement parfait: où (B) ignore les négociations avec (C), et (C) ignore les négociations avec (B). (B) et (C) ignorent l'existence l'un de l'autre mais sont sur un plan d'égalité (chacun étant ignorant), et donc aucun n'est avantagé. Sur le plan économique c'est une technique extrêmement utile car on peut avoir intérêt à cacher l'existence de relations avec telle ou telle entreprise. L'opacité et le secret en droit des affaires est quelque chose d'essentiel (B et C peuvent être des entreprises de pays qui sont en guerre). De plus il a des instruments juridiques qui permettent de créer l'opacité : simulation et interposition de personnes. Donc il n'y a pas de mauvaise foi, c'est légitime. La deuxième hypothèse est le cloisonnement imparfait : où (C) ne connaît pas l'existence de négociations entre (A) et (B), en revanche (B) connaît l'existence de négociations entre (A) et (C). L'idée pour (A) c'est de conclure le contrat avec (B) mais pour s'assurer de l'équilibre des contreprestations de mener une négociation avec (C) pour avoir le

²³⁸ Cass. Com., 3 novembre 2013, n° 12-25043, inédit.

prix du marché alors qu'il ne veut pas vraiment conclure avec (C) sauf si (B) ne s'aligne pas. Si (C) découvre l'opération, après que (A) a conclu avec (B), donc (C) agit en responsabilité contre (A) il affirmer qu'il n'avait jamais eu l'intention véritable de conclure le contrat et qu'il n'était là que pour servir de faire-valoir. Ici la mauvaise foi est caractérisée. Donc (C) doit pouvoir engager la responsabilité délictuelle de (A). En ce sens, la Cour de cassation française a jugé que « *menant des négociations parallèles avec M. Y..., à leur insu, agi de mauvaise foi et manqué à leur devoir de loyauté, parce qu'il y a dissimulation, cachant l'existence de négociations parallèles* »²³⁹. Après avoir terminé l'étude des principes régissant les négociations précontractuelles, il convient maintenant d'examiner les obligations qui régissent cette période de négociations.

Section 2 : Les obligations régulant les négociations précontractuelles

107. La réalisation de la justice dans les relations contractuelles et précontractuelles exige la présence des obligations pour les parties comme leurs droits. De ce fait, il y a des obligations fondamentales qui ont une grande importance dans la vie du contrat²⁴⁰. Comme la bonne foi qui existe dans toutes les étapes du contrat, les négociations, les pourparlers, la conclusion et l'exécution. De plus, l'obligation précontractuelle de l'information joue un rôle très important et influent pendant la phase de négociations, en particulier dans les contrats complexes, les contrats de transfert de la technologie et les contrats de franchise, etc. L'obligation précontractuelle de l'information, il vise aussi à protéger la partie faible dans le domaine de la consommation. Il convient alors d'étudier les obligations tenant aux comportements des parties lors de la négociation, « l'obligation précontractuelle de bonne foi » (Sous-section 1). Et par la suite, les obligations concernant les informations délivrées lors des négociations « l'obligation précontractuelle d'information » (Sous-section 2).

²³⁹ Cass. Com., 11 octobre 2005, n° 04-12.363. En ce sens voir aussi, CA Caen ch. 01 sect. civile, 6 janvier 2009, n° 07/02486., CA Paris, PÔLE 02 ch. 01, 14 juin 2011, n° 09-10992.

²⁴⁰ Voir dans la doctrine égyptienne, Fiza BORAHAMY, *Les obligations des parties pendant les négociations*, Dar Al-Gamma Al-Gadida, Alexandrie, 2014.

Sous-section1 : L'obligation précontractuelle de bonne foi

108. On peut affirmer qu'aujourd'hui en France et en Égypte la bonne foi « domine de haut tout le droit des contrats »²⁴¹. Cette obligation devient de plus en plus centrale dans la réflexion sur le droit des contrats. Puisque la bonne foi produit des effets dans toutes les phases de la vie du contrat, elle constitue une directive de comportement et un principe général, lors des négociations précontractuelles et des pourparlers, dès la formation du contrat, dès la conclusion, dès l'exécution et après le contrat ²⁴². Dès lors, la période précontractuelle est sécurisée par l'instauration d'une obligation précontractuelle de bonne foi²⁴³. Il faut donc souligner deux points importants : le premier est l'obligation précontractuelle de bonne foi qui est une application fidèle de l'obligation contractuelle de bonne foi, elle constitue une partie intégrante de celui-ci. Le deuxième point est la reconnaissance de l'obligation précontractuelle de bonne foi à travers les étapes de développement jusqu'à l'adoption par le législateur. Il semble donc approprié d'étudier d'abord l'obligation contractuelle de bonne foi (§1), puis, la reconnaissance de l'obligation précontractuelle de bonne foi (§2).

§1 : L'obligation contractuelle de bonne foi

109. D'abord, il faut affirmer l'originalité de la bonne foi dans le droit français et égyptien. Cette notion est très ancienne, datant manifestement du droit romain et islamique, elle a traversé les siècles. Si l'on recherche des origines de la notion de bonne foi en droit français, on trouve que l'expression bonne foi héritée de la « bona fides » romaine²⁴⁴. Quant au droit égyptien, on peut confirmer que les origines historiques de ce principe remontent au droit islamique, elle apparaît avant tout comme une notion d'inspiration religieuse soit dans le droit romain, soit dans le droit islamique.

²⁴¹ Philippe LE TOURNEAU, Matthieu POUMARÈDE, *Bonne foi, op.cit.*, n° 29.

²⁴² François TERRÉ, *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, op.cit.*, p.14.

²⁴³ Yvaine BUFFELAN-LANORE, Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Les obligations, op.cit.*, p.338.

²⁴⁴ Jaluzot BEATRICE, *La bonne foi dans les contrats, Études comparatives de droit français, Allemand et Japonais*, Dalloz, 2001, p.23.

110. D'une part la doctrine française a défini la bonne foi contractuelle comme « *la croyance erronée en l'existence d'une situation juridique régulière, que cette croyance repose sur la seule ignorance ou sur une apparence trompeuse* »²⁴⁵. Selon certains auteurs, « *la bonne foi implique que les contractants respectent certaines règles morales qui se situent entre deux pôles : d'une part l'aspect subjectif, où la bonne foi se confond avec la loyauté, d'autre part l'aspect objectif où celui qui est de bonne foi est celui qui se comporte de façon raisonnable* »²⁴⁶. Pour d'autres auteurs, la bonne foi « *elle assure la bonne exécution du contrat et oblige les parties à collaborer et à travailler dans un but commun* »²⁴⁷. D'autre part, la doctrine égyptienne énonce des définitions très larges de la notion de bonne foi, qui elles-mêmes ont besoin d'être définies ! Comme l'honnêteté, la véracité, la sincérité, ne pas nuire aux d'autres, l'outil d'équilibre dans les relations contractuelles, etc.²⁴⁸. Par exemple, selon certains auteurs le principe de la bonne foi est « *le principe par lesquels le juge peut intervenir pour assurer l'équilibre de la relation contractuelle entre les parties contractantes* »²⁴⁹. De façon générale, la bonne foi se traduit par la nécessité de respecter la parole, la promesse, la bonne intention, la loyauté, l'honnêteté et la sincérité entre les parties contractantes ou les négociateurs et aussi avec les autres en dehors de la portée du contrat. Pourtant, il est difficile de trouver une définition claire et convenue dans la doctrine française et égyptienne parce qu'il y a des confusions quant à l'idée de la bonne foi en droit et en déontologie. Elle reste donc un principe abstrait dont le contenu est vaste, il est aussi « *l'exemple type de*

²⁴⁵ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, op.cit., p.133.

²⁴⁶ Minh Hang NGUYEN, *La vent internationale et droit vietnamien de la vente*, Presses universitaires François-Rabelais, 2010, p.221et s ; Voir aussi en même sens, Jacques CHESTIN, Grégoire LOISEAU, Yves-Marie SERINET, *La formation du contrat, tome 1: Le contrat- Le consentement*, op.cit., p.340.

²⁴⁷ Philippe DELEBECQUE, Frédéric-Jérôme PANSIER, *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, op.cit., p.227.

²⁴⁸ Voir dans le même sens, Mohamed LOTFI, *La responsabilité civile dans la phase de négociation*, université du Caire, Faculté de droit, 1995.

²⁴⁹ Mohammed Abd El Qader HUSSEIN, *Les aspects juridiques de la phase précédente du contrat*, 1^{re} éd, El Mattba El Fanya El Haditha, Le Caire, 2002, p.4.

la notion cadre au contenu flou »²⁵⁰. Dès lors, on ne peut pas donner une simple définition. Toutefois, il faut souligner que la doctrine française et égyptienne sont d'accord sur le contenu de la bonne foi (être de bonne foi)²⁵¹, malgré la différence dans la définition. Enfin, il convient de noter que le Code civil français, a consacré la bonne foi à l'article 1104 qui prévoit que « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ». Également, l'article 148 alinéa 1 du Code civil égyptien dispose que « *le contrat doit être exécuté conformément à son contenu, d'une manière répondant aux exigences de la bonne foi* »²⁵².

§2 : *La reconnaissance de l'obligation précontractuelle de bonne foi*

111. Il apparaît clairement qu'aucune disposition du Code civil français dans sa version antérieure à 2016 et égyptien exprime l'exigence de l'obligation précontractuelle de bonne foi²⁵³. En effet, l'article 1134 alinéa 3²⁵⁴ du Code civil français dans sa version antérieure à 2016 et l'article 148 alinéa 1 du Code civil égyptien visent l'exigence de bonne foi au stade de l'exécution du contrat, la bonne foi est souvent présentée comme une obligation contractuelle²⁵⁵. Mais la doctrine et la jurisprudence française et égyptienne reconnaissent l'existence d'un principe ou d'une obligation générale de bonne foi s'appliquant pendant la phase

²⁵⁰ Philippe LE TOURNEAU, *Responsabilité des vendeurs et fabricants*, Dalloz, 5^e éd, 2016, n° 21.11, p.78.

²⁵¹ Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, tome 1, Contrat et engagement unilatéral*, *op.cit.*, p.96.

²⁵² Article 148 du Code civil égyptien alinéa 1 « *le contrat doit être exécuté conformément à son contenu, d'une manière répondant aux exigences de la bonne foi. 2) Il oblige le contractant non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à tout ce que la loi, l'usage et l'équité considèrent comme une suite nécessaire de ce contrat d'après la nature de l'obligation* ».

²⁵³ Denis MAZEAUD, *Réforme du droit des contrats, du régime des obligations et de la preuve : enfin !* DALLOZ Etudiant, 16 février 2016 ; Pascale GUIOMARD, *Les nouveautés de la réforme du droit des contrats*, Dalloz actualité 15 février 2016.

²⁵⁴ « *Elles doivent être exécutées de bonne foi* ».

²⁵⁵ Pascal ANCEL, *Force obligatoire et contenue obligation du contrat*, RTD civ, 1999, p.796 ; Voir aussi, Pascal ANCEL, *Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois*, article, les Mélanges en hommage à Daniel Tricot, Paris, Dalloz-Sirey, Litec, 2011, p.96 ; Philippe STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, Thèse Aix-Marseille, Paris, LGDJ, 2000, p.81.

de la période précontractuelle. Dès lors, comment peut-on justifier l'existence de l'obligation précontractuelle de bonne foi malgré l'absence des textes ?

112. En premier lieu, en ce qui concerne la doctrine française, il est convenu dans la doctrine française que, dès la période précontractuelle, même que le contrat n'est pas encore formé, les négociateurs doivent être animés par la bonne foi²⁵⁶. Mais sur quel fondement peut-on appliquer le principe de la bonne foi dans la période précontractuelle ? Du côté de la doctrine française, elle affirme que « *la bonne foi est un instrument d'application de l'équité* »²⁵⁷, la bonne foi ne vaut donc plus seulement lors de l'exécution du contrat mais également lors de la production de son effet dès la période des négociations²⁵⁸. Dans ce contexte, M. le professeur Stéphane Darmaisin dans sa thèse conclut que « *la bonne foi se fonde en dehors du contrat, qu'un contrat ait ou non été conclu, et d'en déduire la présence de la bonne foi dès la phase de formation du contrat, comme une conséquence normale de son extranéité à la matière purement contractuelle* »²⁵⁹. Aussi, M. le professeur Yves Picod énonce que « *la bonne foi dans la formation du contrat n'a pas le même fondement et la même nature que dans l'exécution du contrat : il s'agit d'obligations précontractuelles qui ne découlent pas de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil* »²⁶⁰. Mais ce point de vue ne mentionne ou ne justifie pas l'existence de la bonne foi en dehors du cadre du contrat ! De l'autre côté de la doctrine, certains auteurs pensent que de la bonne foi dès le stade de formation du contrat pourrait encore s'expliquer par la présence d'un contrat moral tacite²⁶¹, qui serait conclu entre deux parties entrant en relation imposant aux négociateurs de négocier de bonne foi. Mais cette théorie est critiquée parce qu'elle a créé un contrat qui n'existe pas en réalité entre les parties. Il est nécessaire de souligner que les travaux préparatoires du Code Civil français révèlent que la présence de la

²⁵⁶ Voir par exemple en ce sens, Philippe LE TOURNEAU, *La rupture des négociations*, RTD Com.1998, p.479.

²⁵⁷ Philippe LE TOURNEAU, *Bonne foi*, Rép. civ. Dalloz, 2^e éd, 2009 p.2.

²⁵⁸ Richard DESGORCES, *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives*, Thèse, Paris II, 1992, p.157.

²⁵⁹ Stéphane DARMAISIN, *Le contrat moral*, Thèse, Paris II, Paris, LGDJ, 2000, p.237.

²⁶⁰ Yves PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Thèse Dijon, 1987, p.14.

²⁶¹ Yves PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, *op.cit.*, p.149.

bonne foi n'apparaît pas liée à l'existence d'un contrat. Cambacérès a ainsi affirmé que la bonne foi est le fondement de tous les engagements alors même qu'aucun contrat n'a été conclu²⁶².

113. Il est nécessaire de se référer à la situation de la jurisprudence en France et en Égypte dans la matière. Les tribunaux français et égyptien ont considéré la mauvaise foi lors de la phase de négociations comme du dol²⁶³. La jurisprudence française et égyptienne a progressivement abandonner le dol et a reconnu l'existence autonome d'une obligation générale de bonne foi lors de la formation du contrat²⁶⁴. La chambre commerciale de la Cour de cassation 26 novembre 2003 dans un arrêt célèbre (Manoukian) affirme de manière explicite l'existence d'une obligation générale de bonne foi pendant les pourparlers. Dans le même contexte, la Cour de cassation a jugé récemment que « *les pourparlers doivent être conduits de bonne foi* »²⁶⁵. En ce sens, la Cour de cassation égyptienne, confirme que le principe de la bonne foi est un principe général applicable à toutes les étapes du contrat, tant au cours de l'exécution du contrat ou au cours de la préparation du contrat²⁶⁶. Cette attention doctrinale et judiciaire au principe a conduit certains projets à le codifier dans leurs textes, à l'inverse de l'Égypte où on ne trouve aucun projet s'intéressant au principe de la bonne foi précontractuelle.

²⁶² Pierre-Antoine FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, deuxième projet du Code civil de Cambacérès, rapport fait à la convention nationale, 1793, tome I, p.108, cité par Romain LOIR, *Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats*, Lille 2, Mémoire, 2002, p.56.

²⁶³ Cass. ch. civ., 18 mars 1933, n° 87 ; Cass. ch. civ., 9 février 1965, n° 2 ; Cass. ch. civ., 2 mai 1979, n° 2.

²⁶⁴ Cass. 1^{re} ch. civ., 14 juin 2000, n° 98-17.494 ; Cass. Com., 13 octobre 2009, n° 08-16.634 ; Com. 18 février 1997, Bull. IV, n° 61 ; Cass. civ. 3 mai 2000, Bull. I, n° 131 ; CA Angers ch. com., 11 septembre 2012 n° 10/03160.

²⁶⁵ Cass. 3^e ch. civ., 9 juillet 2014 n°13-15.145 ; Dans le même contexte, La Cour de cassation chambre commerciale 2 juin 2015 n°14-15.632 a jugé qu' « *une obligation contractuelle de négocier de bonne foi et de ne pas tromper la confiance légitime de son partenaire ; qu'il y a abus du droit de rompre des pourparlers dès lors que celle-ci a pour cause des motifs fallacieux* ».

²⁶⁶ Cass. ch.civ., 10 mai 1989, n° 249 ; Cass. ch. civ., 15 décembre 1995, n° 40.

114. Il convient de noter que les projets français et européens de droit des contrats consacrent explicitement la bonne foi durant la phase de négociations. D'une part, au niveau européen, il est utile de signaler que les principes d'Unidroit semblent s'intéresser au principe de bonne foi où l'article 1 alinéa 7 confirme la bonne foi comme idée fondamentale à la base des principes en affirmant que « *les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international. Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée* ». Aussi, l'article 2.1.15 alinéa 2 qui dispose que « *toutefois, la partie qui, dans la conduite ou la rupture des négociations, agit de mauvaise foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie. Est, notamment, de mauvaise foi la partie qui entame ou poursuit des négociations sachant qu'elle n'a pas l'intention de parvenir à un accord* ». Comme dans les Principes d'Unidroit, la bonne foi est aussi un principe de base dans les principes du droit européen des contrats à l'article 1-201 qui prévoit que « *chaque partie est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi. Les parties ne peuvent exclure ce devoir ni le limiter* »²⁶⁷. D'autre part, en France dans l'avant-projet de Pierre Catala, l'article 1104 dispose que « *l'initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres, mais ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi. L'échec d'une négociation ne peut être source de responsabilité que s'il est imputable à la mauvaise foi ou à la faute de l'une des parties* ». Aussi le projet portant réforme du droit des contrats a été élaboré par la Chancellerie 2008, l'article 18 dispose que « *chacune des parties est tenue d'agir de bonne foi* ». Il faut également mentionner le projet d'ordonnance 2015 dans l'article 1103 disposant que « *les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi* », et

²⁶⁷ Minh Hang NGUYEN, *La vent Internationale et droit vietnamien de la vente*, op.cit., p.211. Au niveau du commerce international, nous trouvons des échos de ce principe dans la convention de vienne 1988. La bonne foi est expressément soulignée par l'article 7 « *pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international* ». La bonne foi n'a été, envisagée par les rédacteurs de la Convention comme un critère d'interprétation des déclarations de volonté et des comportements des négociateurs. Il a été souligné ce principe sous les conditions générales de la convention pour dénoter l'applicabilité de ce principe à tous les stades du contrat dans le domaine du commerce international.

l'article 1111 prévoyant que « *l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi* ».

115. On peut affirmer que cette évolution atteint son sommet dans l'ordonnance de 2016 dans les articles 1104 qui prévoit que « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ». « *Cette disposition est d'ordre public* ». Ainsi que l'article 1112 qui dispose que « *l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi* ». Il faut souligner que les rédacteurs de l'ordonnance affirment qu'un des objectifs de l'ordonnance de 2016 est de garantir les principes généraux du droit des contrats tels que la bonne foi. L'article 1104 et 1112 visent à fixer les principes régissant la période précontractuelle, en codifiant les solutions jurisprudentielles qui confirment que le principe de bonne foi doit gouverner les négociations précontractuelles²⁶⁸. En effet, à la première lecture de l'article 1112 de l'ordonnance, il faut noter qu'il n'y a pas beaucoup de différence entre l'article 1111 alinéa 1 du projet de l'ordonnance de 2015 et l'article 1112 alinéa 1 de l'ordonnance 2016 à propos de la formulation du texte. Également, à titre de comparaison entre l'article 1104 de l'ordonnance de 2016 et l'article 1103 du projet de l'ordonnance de 2015, il faut noter que la différence est claire entre eux. D'une part, le législateur a ajouté délibérément à l'article 1104 de l'ordonnance de 2016 (*les contrats doivent être négociés*) de bonne foi. Cela confirme la volonté du législateur français de souligner explicitement que le principe de la bonne foi est un principe général applicable à toutes les étapes du contrat surtout dans la phase de négociations par l'utilisation d'une formulation claire et sans ambiguïté. D'autre part, lorsque le législateur a ajouté pour la première fois que « *cette disposition est d'ordre public* ». Cela signifie que la bonne foi est désormais obligatoire et ne peut donc pas être contournée de quelque façon que ce soit. Ainsi, les pré-contractants et les parties doivent obligatoirement la respecter et ne peuvent donc pas y déroger par une clause insérée dans leur négociation et leur contrat. De cette manière, le

²⁶⁸ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, p.5.

législateur a évité la critique de certains auteurs qui affirment que l'article 1103 du projet de l'ordonnance 2015 propose une formule minimaliste du principe de bonne foi et on ne trouve pas dans l'article 1103 une précision figurant dans la plupart des textes se référant à la bonne foi : son caractère impératif et indérogeable ²⁶⁹.

116. En deuxième lieu, en ce qui concerne la position de la doctrine égyptienne, il est à noter que la majorité de la doctrine égyptienne considère que le principe de bonne foi s'étend à la formation du contrat, parce que le principe de la bonne foi est un principe général contractuel, il s'applique à toutes les étapes du contrat surtout lors des négociations et des pourparlers, qui sont d'une importance considérable dans la vie des contrats ²⁷⁰. Dans ce contexte, certains auteurs estiment que la présence de la bonne foi au cours de la phase de formation du contrat pourrait s'expliquer par les nécessités pratiques pour préparer une bonne exécution du contrat ²⁷¹, même en absence d'un article précis dans le Code civil. On peut partager ce point de vue, et il faut souligner que la doctrine a été en mesure d'étendre le principe de bonne foi sur la période précontractuelle dépendante du droit islamique qui depuis quinze siècles, a reconnu le principe de la bonne foi dans toutes les phases du contrat, même dans la phase de négociation ²⁷². Mais la question se posant ici est celle de savoir quel est le fondement de ce principe dans le droit islamique. On peut trouver la réponse à cette question dans le Coran et la Sunna ²⁷³. En premier lieu, il y a des signes de ce principe dans le Coran, par exemple « *ô les croyants ! remplissez fidèlement vos engagements* » ²⁷⁴, « *certes, Allah vous commande de rendre les dépôts à leurs*

²⁶⁹ Mustapha MEKKI, *Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations op.cit.*, p.816.

²⁷⁰ Mohamed LOTFI, *La responsabilité civile dans la phase de négociation*, Dar Al Nahda Al Arabya, 1998, p.14.

²⁷¹ Mohamed Hussein Abd EL-ALL, *Les Conventions des Négociations contractuelles*, op.cit., p.3.

²⁷² Saad EL ZAIBI, *La bonne foi en Arabie Saoudite et le droit comparée*, Journal de la charia et les études islamiques, n° 23, février, 2014, p.17.

²⁷³ La Sunna est les paroles et les enseignements du prophète Mohamed. Elle constitue l'une des sources de la législation pour les musulmans.

²⁷⁴ Le Saint Coran, Sourate Al-Maidah (La table servie), verset n°1.

*ayants-droit, et quand vous jugez entre des gens, de juger avec équité »*²⁷⁵, « *ô vous qui croyez ! ne trahissez pas Allah et le messenger. Ne trahissez pas sciemment la confiance qu'on a placée en vous »*²⁷⁶. Et « *qui veillent à la sauvegarde des dépôts confiés à eux et honorent leurs engagements »*²⁷⁷. En deuxième lieu dans la Sunna où le prophète Mohamed a affirmé qu'« *celui qui trompe n'est pas des nôtres* », « *quand l'honnêteté disparaîtra, attendez-vous à voir arriver l'heure* ». Selon le prophète Mohamed, par la bonne foi on comprend le fait d'être digne de confiance et qu'ils soient honnêtes en toutes circonstances ; elle se manifeste à la fois dans les paroles, dans les actions, dans la vie quotidienne, et dans les transactions financières surtout dans les relations contractuelles. Grâce à ces versets et à la Sunna, on peut confirmer que les parties et les pré-contractants s'engagent à la bonne foi et la loyauté au stade de la formation du contrat et lors de l'exécution du contrat. C'est parce que le Coran constitue la première source de la législation telle que la Constitution et la Sunna est la seconde source tel que le droit pour les musulmans.

117. Enfin, puisque la charia islamique est l'une des sources de la législation dans le Code civil égyptien selon l'article 1 alinéa 2 du Code civil égyptien dispose qu'« *à défaut d'une disposition législative applicable, le juge statuera d'après la coutume, et à son défaut, d'après les principes du droit musulman*. A défaut de ces principes, le juge aura recours au droit naturel et aux règles de l'équité ». Par conséquent, à la lumière de l'article précédent on peut justifier l'extension de l'obligation précontractuelle de bonne foi dans la période précontractuelle. Au terme de l'analyse, il semble que le législateur français avait réussi dans la formulation de l'article 1104 et l'article 1112 alinéa 1. Il est donc souhaitable que le législateur égyptien suive l'exemple de son homologue français en consacrant les deux articles d'une manière claire et directe dans son Code civil.

²⁷⁵ Le Saint Coran, Sourate EL Nessa (les femmes), verset n °58.

²⁷⁶ Le Saint Coran, Sourate Al-Anfâl (Le Butin), verset n° 28.

²⁷⁷ Le Saint Coran, Sourate Al-Mu'minûne (Les Croyants), verset n° 8.

Sous-section 2 : L'obligation précontractuelle d'information

118. L'information est la bougie qui éclaire le chemin vers le contrat. L'information occupe une place principale, l'économie générale des directives protégeant les consommateurs au niveau national et international²⁷⁸. Les parties, afin de parvenir à la conclusion du contrat doivent obtenir des informations adéquates liées au contrat projeté. Aujourd'hui, en raison des informations scientifiques et techniques, la complexité et la technicité des produits et services, ceci a mené à la nécessité de l'obligation de l'information au cours de la période qui précèdent les contrats civils et commerciaux. En conséquence, le législateur français a codifié cette obligation de manière explicite et détaillée dans l'ordonnance de 2016. Dès lors, il est important de voir quelle était la position doctrinale en France et en Égypte avant la réforme de 2016 compte-tenu de la similitude entre les deux positions. Le but n'est pas la narration historique, mais plutôt d'identifier les étapes de l'évolution de cette obligation. En s'inspirant du succès de l'expérience du législateur français, le législateur égyptien peut codifier l'obligation qui n'a pas encore été codifiée jusqu'à présent. Il convient donc d'examiner dans un premiers temps le chemin vers une codification de l'obligation précontractuelle d'information (§1). Puis, dans un second temps la détermination de l'obligation précontractuelle d'information (§2).

§1: Le chemin vers une codification de l'obligation précontractuelle d'information

119. Il faut tout d'abord bien préciser que l'on ne traite que l'obligation précontractuelle d'information. En effet, un grand nombre d'auteurs français et égyptiens ont ainsi confondu l'obligation précontractuelle d'information avec l'obligation contractuelle d'information, malgré les différences de leurs régimes. Ce dernier est soumis à la responsabilité contractuelle tandis que l'obligation précontractuelle d'information est soumise à la responsabilité délictuelle, selon la

²⁷⁸ Delphine SASSOLAS, *L'obligation d'information dans la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente*, Petites affiches, 24 décembre 2013 n° 256, p.26 ; Voir aussi, Denis MAZEAUD, *Obligation d'information*, *Revue des contrats*, octobre 2004, n° 4, p.923.

majorité de la doctrine et la jurisprudence en France²⁷⁹ et en Égypte²⁸⁰. Pourtant, certains auteurs n'acceptent pas la distinction entre l'obligation d'information précontractuelle et contractuelle, parce que selon eux l'obligation d'information a une seule nature juridique²⁸¹. Ainsi dans le même contexte, M. le professeur Philippe le tourneau et le rapport annuel de la Cour de cassation de 2010 dans leur étude sur le droit de savoir, traitent de la même façon l'obligation d'information sans faire de distinction entre obligation d'information contractuelle et précontractuelle car il y a une similitude entre la naissance et le fondement de ces deux obligations²⁸². Quelle que soit l'opinion et pour une compréhension plus profonde du sujet, il semble approprié de répondre aux questions suivantes : Comment cette obligation a évolué au fil du temps ? Quels sont le fondement juridique et l'importance de cette obligation ? Il convient maintenant d'étudier l'évaluation de la position doctrinale et jurisprudentielle concernant l'obligation précontractuelle d'information (A), avant de s'intéresser à l'évolution législative concernant l'obligation précontractuelle d'information (B).

*A : L'évaluation de la position doctrinale et jurisprudentielle concernant
l'obligation précontractuelle d'information*

120. La doctrine classique en France et en Égypte n'admettait pas l'existence d'une obligation générale d'information²⁸³. Selon cette doctrine, en principe à chacun d'être prudent, il appartient à chaque partie de s'informer par

²⁷⁹ Voir notamment dans la doctrine française, Muriel FABRE-MAGNAN, *L'obligation d'information dans les contrats - Essai d'une théorie*. Thèse, Paris, 1991, Prix Henri Capitant. Publiée en 1992 à la LGDJ.

²⁸⁰ Voir notamment dans la doctrine égyptienne, El Saïd OMRAN, *L'engagement de l'information*, Dar El Matboaat, Alexandrie, 1996, p.25 ; Abd El Salam SAID, *L'engagement de l'information dans les contrats*, 1^{re} éd, Dar Al Nahda Al Arabya, 1999, p.8.

²⁸¹ Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat*, op.cit., n°140.

²⁸² Jacques CHESTIN, Grégoire LOISEAU, Yves-Marie SERINET, *La formation du contrat, tome 1 : Le contrat- Le consentement*, op.cit., p.1274 ; Voir notamment, Philippe Le TOURNEAU, *De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil*, 1987, Recueil Dalloz, n°14, p.101-104.

²⁸³ Voir notamment, Michel DE JUGLART, *L'obligation de renseignements dans les contrats*, RTD civ, 1945, p.1.

ses propres moyens (l'acheteur doit être curieux). Avec le temps, la jurisprudence a progressivement imposé un devoir de contracter de bonne foi qu'elle rattache à l'article 1134 alinéa 3 du Code civil²⁸⁴ français dans sa version antérieure à 2016 et 148 du Code civil égyptien²⁸⁵. Dans le même contexte, la Cour de cassation française a affirmé l'existence de l'obligation de contracter de bonne foi pour en déduire une obligation précontractuelle de l'information, sorte moderne du dol. Quelle que soit l'inexistence d'une obligation précontractuelle spécifique d'information, l'obligation de contracter de bonne foi impose de révéler un certain nombre d'informations à son partenaire²⁸⁶. Pourtant l'inégalité croissante entre les parties, notamment dans le domaine de la consommation qui donnait lieu à des situations choquantes au regard de la bonne foi contractuelle a conduit²⁸⁷ la jurisprudence à reconnaître l'obligation précontractuelle d'information comme un principe général, et en quelque sorte autonome²⁸⁸. Ainsi le développement croissant de l'obligation précontractuelle d'information suit le mouvement de

²⁸⁴ L'article 1134 « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi* » ; Voir aussi Laurent GODON, Alain LEYGONIE, *Devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés : et maintenant la question de la preuve de la déloyauté*, Rev. Sociétés 2007, n°3, p.519 ; Philippe LE TOURNEAU, *Existe-t-il une morale des affaires ?* Centre de droit des affaires de Toulouse, Montchrestien, 1996, p.7 et s.

²⁸⁵ L'article 148 « *Le contrat doit être exécuté conformément à son contenu, d'une manière répondant aux exigences de la bonne foi. 2) Il oblige le contractant non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à tout ce que la loi, l'usage et l'équité considèrent comme une suite nécessaire de ce contrat d'après la nature de l'obligation* » ; Voir dans la doctrine égyptienne, Hossam El DIN EL AHWANI, *Le contrat de vente dans le droit des contrats koweïtienne, étude comparative*, Zat El Salasel, 1989, p.473.

²⁸⁶ Cass. Com., 20 septembre 2005, n° 03-19.732 ; Voir en se sens, Philippe LE TOURNEAU, Matthieu POUMARÈDE, *Bonne foi*, Rép. civ. n°44.

²⁸⁷ Georges VIRASSAMY, Martine BEHAR-TOUCHAIS, *Traité des contrats - Les contrats de la distribution*, LGDJ, n° 30, p.15, 1999 ; Alexandra MENDOZA-CAMINADE, *Droit de la distribution*, Montchrestien, 2011, p.16.

²⁸⁸ Philippe Le TOURNEAU, Cyril BLOCH, André GIUDICELLI, Christophe GUETTIER, Jérôme JULIEN, Didier KRAJESKI, Matthieu POUMAREDE, *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, op.cit, n° 3112.11 p.1121.

moralisation du droit des contrats ²⁸⁹ . Cette évolution s'est ajoutée à la reconnaissance progressive d'une obligation précontractuelle d'information de droit du contrat, aussi en même temps à la multiplication des obligations précontractuelles d'information par les régimes spéciaux ²⁹⁰ , surtout dans le domaine de la consommation et de l'assurance. Cela nous amène à la question de l'importance de l'obligation.

121. Il apparaît clairement que l'obligation précontractuelle d'information a joué un rôle important sur le terrain théorique et pratique. Théoriquement, l'obligation précontractuelle d'information concilie le rôle de la volonté avec les principes de responsabilité et de bonne foi et illustre la prise en considération de l'inégalité des pré-contractants et de la responsabilité particulière des professionnels ²⁹¹ . Par ailleurs, les textes en droit civil avant l'ordonnance de 2016 et égyptien sont les textes de traitement (thérapeutique) qui sont appliqués depuis le début de l'exécution du contrat et leurs objectifs sont soit la nullité du contrat, soit d'obliger parfois le parti responsable des dommages de compenser l'autre. Donc, les lois des consommateurs sont apparues en vue d'adopter un système préventif destiné à protéger le consommateur avant l'existence de la faute, et leur philosophie est la protection, et non pas la punition ²⁹² . En pratique, l'obligation favorise l'harmonisation des solutions déduites aujourd'hui des vices du consentement, de la garantie des vices cachés et de la responsabilité précontractuelle ainsi que l'harmonisation des lois spéciale ²⁹³ visant à la

²⁸⁹ BOYER Yves, *L'obligation de renseignements de la formation du contrat*, Thèse, Aix En-Provence, 1977, cité par Luiz Fernando KUYVEN, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : Fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation*, *op.cit.*, p.225.

²⁹⁰ Jacques GHESTIN, *Contre l'absorption du dol par la responsabilité civile*, RDCO, 01 juillet 2013, n° 3, p.1162.

²⁹¹ Jacques CHESTIN, Grégoire LOISEAU, Yves-Marie SERINET, *La formation du contrat, tome 1 : Le contrat- Le consentement*, *op.cit.*, p.1254.

²⁹² Mohammed EL ZEIN, *La théorie générale des obligations, Le contrat*, 2^e éd, Matbat El waffa, Tunisie, 1997, p.146.

²⁹³ Comme les divers projets européens et français.

protection du consentement²⁹⁴. L'obligation précontractuelle d'information sur l'objet du contrat projeté permet les parties aux pourparlers, préalablement à leurs engagements, d'avoir un consentement éclairé²⁹⁵. Aussi, grâce à l'évolution du contrat de vente, le droit civil se concentre essentiellement sur le principe de l'égalité entre les parties contractantes, sans distinction entre professionnel et non-professionnel. Cela signifie que chaque partie doit protéger ses droits dans la relation avec l'autre partie, sans attendre la coopération, ce qui a conduit à l'émergence l'obligation de demander des renseignements dans le contrat de vente. Cette obligation signifie que l'acheteur doit être prudent et demander les informations nécessaires sur les ventes qui a l'intention de l'acheter²⁹⁶. Mais avec le développement technique des ventes, il est impératif à l'obligation contractuelle d'information de renoncer à sa neutralité, et sa généralité acquiert une autre dimension à prendre en compte : les changements qui sont survenus dans les contrats de vente, notamment les contrats de consommation, afin d'absorber le déséquilibre dans la relation contractuelle entre le consommateur, le professionnel et la protection de la partie la plus faible²⁹⁷. Cette importance pratique et théorique a conduit à de nombreuses tentatives pour codifier cette obligation.

B : L'évolution législative concernant l'obligation précontractuelle d'information

122. En premier lieu en ce qui concerne la position législative en France. On peut affirmer qu'il n'existe aucun article dans le Code civil français dans sa version antérieure à 2016 pour organiser l'obligation précontractuelle d'information. Pourtant l'obligation existe en droit français en général et dans de nombreux projets de droits. Le législateur français a depuis quelques années, adopté un nombre de textes spécifiques à certains domaines concernant les informations qui doivent être échangées pendant la phase de négociation. Il est

²⁹⁴ Jacques CHESTIN, Grégoire LOISEAU, Yves-Marie SERINET, *La formation du contrat, tome I : Le contrat- Le consentement, op.cit.*, p.1256.

²⁹⁵ Joanna SCHMIDT, *Négociation et conclusion de contrats, op.cit.*, p.144 et s.

²⁹⁶ Omar Mohammed Abd EL BAQI, *La protection civile pour le consommateur*, Monshat El Marrafe, Alexandrie, 2008, p.201.

²⁹⁷ Sayeed Abd EL SALAM, *L'obligation de divulguer dans les contrats*, tome1, Dar Al Nahda Al Arabya, le Caire, 2000, p.65 et s.

intervenir dans plusieurs droits spéciaux pour exiger une obligation précontractuelle d'information à la charge de l'un des négociateurs ou les deux des informations importantes concernant le contrat projeté. À titre d'exemple, la loi Doubin²⁹⁸ dont est issu l'article L.330-3 du Code de commerce complété par un décret du 4 avril 1991²⁹⁹ qui dispose que « *toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause* ». Dans le même contexte, la loi n°2014-344 promulguée le 17 mars 2014 relative à la consommation et autrement dénommée « Loi Hamon » dans l'article L.111-1 impose, à tout commerçant une obligation précontractuelle d'information et exige la nécessité de divulguer certaines informations nécessaires comme le prix, les caractéristiques essentielles du bien ou du service, les informations relatives à son identité, à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques et à ses activités, etc.³⁰⁰. Ainsi, les principes de droit européen du contrat ont précisé l'obligation précontractuelle d'information à l'article 2.102 qui prévoit qu' « *il appartient en principe à chacune des parties au contrat de se renseigner sur les conditions de sa conclusion, au cours des*

²⁹⁸ Loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social. Dite loi Doubain (du nom du ministre du commerce et de l'artisanat de l'époque). Pour savoir la situation en France avant la loi Doubain ; Voir notamment Dominique BASHET, Laurent AYRNÉS (Préface), *La Franchise : Guide juridique-Conseils pratiques*, Gualino Éditeur, 2005, p.244 et s.

²⁹⁹ Claire POITEVEN, *L'avant-contrat en droit des contrats d'auteur*, *op.cit*, p.106.

³⁰⁰ L'article L. 111-1 « *Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes: 1. Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, compte tenu du support de communication utilisé et du bien ou service concerné; 2. Le prix du bien ou du service, en application des articles L. 113-3 et L. 113-3-1; 3. En l'absence d'exécution immédiate du contrat, la date ou le délai auquel le professionnel s'engage à livrer le bien ou à exécuter le service (...)* ».

négociations précontractuelles, chacune des parties a l'obligation de répondre une influence sur la bonne fin du contrat ».

123. Au niveau des projets de droit, il faut mentionner que l'article 1110 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations Catala de 2005 dispose que *« celui des contractants qui connaît ou aurait dû connaître une information dont il sait l'importance déterminante pour l'autre a l'obligation de le renseigner. Cette obligation de renseignement n'existe cependant qu'en faveur de celui qui a été dans l'impossibilité de se renseigner par lui-même ou qui a légitimement pu faire confiance à son cocontractant, en raison, notamment, de la nature du contrat, ou de la qualité des parties. Il incombe à celui qui se prétend créancier d'une obligation de renseignement de prouver que l'autre partie connaissait ou aurait dû connaître l'information en cause, à charge pour le détenteur de celle-ci de se libérer en prouvant qu'il avait satisfait à son obligation. Seront considérées comme pertinentes les informations qui présentent un lien direct et nécessaire avec l'objet ou la cause du contrat »*. Aussi l'article 1110.1 *« le manquement à une obligation de renseignement, sans intention de tromper, engage la responsabilité de celui qui en était tenu »*. De même, le projet de réforme du droit des contrats de 2009 dans son article 17 dispose qu'*« indépendamment de toute rupture, celui qui utilise sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité délictuelle »*. Dans le même contexte, le projet d'ordonnance de 2015 (sous-section1, les négociations) à l'article1112 dispose que *« celui qui utilise sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité extracontractuelle »*. Aussi, l'article 1129 dispose que *« celui des contractants qui connaît ou devrait connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, ce dernier ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. Le manquement à ce devoir d'information engage la responsabilité extracontractuelle de celui qui en était tenu. Lorsque ce manquement provoque un vice du consentement, le contrat peut être annulé »*.

124. Finalement, le législateur français a codifié l'obligation précontractuelle d'information dans le Code civil par l'ordonnance de 2016 à l'article 1112 alinéa 1 qui prévoit que *« celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant »*. *« Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation »*. *« Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties »*. *« Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie »*. *« Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir »*. *« Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants »*.

125. À première lecture il semble que, l'obligation précontractuelle d'information est l'une des innovations que l'on peut évoquer dans l'ordonnance de 2016. Il convient de souligner que l'article 1112 alinéa 1 consacre de manière autonome, indépendamment l'obligation précontractuelle d'information comme une obligation générale appliquée à toutes les étapes du contrat, même dans la période précontractuelle, qui étant déjà largement admise en jurisprudence et en doctrine française, notamment ces dernières années. Selon certains auteurs l'obligation est codifiée et encadrée en des termes qui susciteront toutefois un abondant contentieux³⁰¹. Il faut noter aussi que, ce nouvel article est l'un des articles que le législateur français a délibérément codifié d'une manière très détaillée compte tenu de l'importance de cette obligation aujourd'hui. Il est clair que cette obligation vise l'équilibre des relations précontractuelles, et à protéger la partie faible. On peut observer que le législateur a préféré utiliser le terme devoir plutôt qu'obligation, afin de confirmer l'aspect morale de cette obligation. Il s'agit

³⁰¹ Mathias LATINA, *L'essentiel de la réforme du droit des contrats*, Lextenso, essentiel droit des contrats, 11/03/2016, n°3, p.1. Cet article a été publié dans le cadre du dossier *« la réforme du droit des contrats : quelles innovations ? »* (Paris, 16 février 2016) de la revue des contrats.

pourtant bien techniquement d'une obligation, avec un débiteur chargé de l'exécuter vis-à-vis d'un créancier³⁰².

126. En deuxième lieu en ce qui concerne la position législative en Égypte. Il n'existe aucun article dans le Code civil égyptien concernant l'obligation précontractuelle d'information³⁰³. Pourtant, on trouve des lois spéciales consacrées à cette obligation en raison de l'importance de cette dernière. Comme le droit de la protection des consommateurs égyptien n° 67 de 2006 qui déclare expressément que l'obligation précontractuelle d'information en forçant le fournisseur d'informer le consommateur des informations sur les spécifications ou le caractère du fournisseur dans l'article 4 qui dispose que « *le fournisseur est engagé à mettre toute correspondance, documents, données électroniques et les informations qui définissent son caractère* ». Également l'article 6 du même droit dispose que « *chaque fournisseur et annonceur est engagé de fournir au consommateur les informations correctes sur la nature du produit et de ses propriétés* ». Enfin, en raison de l'absence de textes qui consacrent l'obligation précontractuelle d'information du Code civil égyptien jusqu'à présent, contrairement au Code civil français, il est recommandé que le législateur égyptien suive l'exemple de son homologue français et adopte explicitement l'obligation précontractuelle d'information dans son Code civil. Donc, après avoir déterminé l'évolution doctrinale et jurisprudentielle de cette obligation, il est logique d'étudier maintenant la détermination de l'obligation précontractuelle d'information.

§2 : La détermination de l'obligation précontractuelle d'information

127. Afin de mieux comprendre cette obligation nouvellement codifiée, il convient d'abord d'examiner la définition de l'obligation précontractuelle d'information (A), et ensuite aborder les dispositions de l'obligation précontractuelle d'information (B).

³⁰² Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, tome 1, Contrat et engagement unilatéral*, op.cit., p.263.

³⁰³ Ramadan Al-Maktouff ABDALLAH, *L'obligation du vendeur d'informer l'acheteur à l'étape précédente du contrat final*, Thèse, université du Caire, 2012.

A : La la définition de l'obligation précontractuelle d'information

128. Premièrement, selon la doctrine française l'obligation précontractuelle d'information est l'obligation qu' « *oblige chacun des négociateurs à informer l'autre de tous les éléments propres à l'éclairer dans sa prise de décision* »³⁰⁴. Chaque pré-contractant est donc devenu de cette façon débiteur d'une obligation précontractuelle d'information qui constitue maintenant une exigence de transparence³⁰⁵. Ainsi, selon certains auteurs l'obligation précontractuelle d'information vise à rétablir l'équilibre entre les négociateurs en particulier quand l'un d'eux est professionnelle, où chaque négociateur doit délivrer à l'autre toutes les informations dont l'autre ne peut pas avoir accès et sont susceptibles d'influencer le consentement de son partenaire³⁰⁶.

129. Deuxièmement, pour la doctrine égyptienne on peut noter que la définition a évolué à travers deux phases : la première phase (classique) est celle qui précède la délivrance de loi de protection des consommateurs et la deuxième phase (moderne) est celle qui apparaît après l'émergence des lois de protection des consommateurs. Il y a également deux types de définitions : le premier type, la définition qui tient compte de la nature des parties contractantes (professionnel ou non). Certains défenseurs de cette tendance déclarent que l'obligation précontractuelle d'information signifie qu'une obligation précontractuelle dans laquelle le débiteur est engagé vers le créancier connaissant tous les renseignements importants concernant le contrat projeté, et dont le créancier ne peut pas obtenir par lui-même³⁰⁷. Dans le même contexte, certains auteurs affirment que l'obligation précontractuelle d'information est un devoir imposé par la loi sur les vendeurs professionnels de fournir des données sur le sujet de la

³⁰⁴ Denis MAZEAUD, *Mystères et paradoxes de la période précontractuelle*, 2001, LGDJ, p.637et s.

³⁰⁵ Denis MAZEAUD, *Mystères et paradoxes de la période précontractuelle*, op.cit., p.637.

³⁰⁶ Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat*, op.cit., n°140.

³⁰⁷ Mohamed MAHFOUZ, *Le devoir d'informer le consommateur*, Dar El ketab El kanoni, Tunisie, 1984, p.16.

transaction envisagée, à travers des mécanismes appropriés³⁰⁸. Le second type, la définition tient compte de l'objectif de cette obligation qui joue un rôle protecteur. Il s'agit d'éviter les vices de consentement avant de conclure le contrat projeté ou la transaction proposée. Dans ce contexte, certains partisans de cette tendance en affirment l'obligation précontractuelle d'information est une obligation générale qui comprend la phase précédente de contracter dans tous les contrats de consommation, où la partie professionnelle est obligée de transférer de toutes les informations et données nécessaires, pour s'assurer que le consentement soit libre et éclairé et sans des vices de consentement³⁰⁹.

130. Grâce à l'analyse des définitions ci-dessus, il peut être déduit les caractéristiques de l'obligation précontractuelle d'information : la première caractéristique : elle constitue une obligation précontractuelle dans la phase de formation du contrat, et donc ne doit pas être confondue avec l'obligation contractuelle d'information. La deuxième caractéristique : l'obligation précontractuelle d'information est une obligation générale qui comprend tous les contrats et n'est pas liée au contrat spécifique. Mais dans la pratique, on peut trouver cette obligation dans certains contrats plus que d'autres, surtout les contrats dont l'objet est techniquement complexe, dangereux et moderne. La troisième caractéristique : l'obligation précontractuelle d'information est une obligation de nature préventive et dont son objectif est de protéger la partie faible et remédier au déséquilibre dans la relation contractuelle, en particulier dans le domaine de la consommation. Enfin, l'obligation précontractuelle d'information est une obligation d'origine judiciaire. Elle est née grâce à la pratique dans les tribunaux, son fondement est la bonne foi entre les pré-contractants durant la période précontractuelle.

³⁰⁸ Fadwa KAHWAJI, *D'assurer les défauts de vente dans la doctrine et la jurisprudence*, Dar El Kotab El Kanonia, Le Caire, 2008, p.184.

³⁰⁹ Voir, Omar Mohammed Abd EL BAQI, *La protection civile pour le consommateur*, op.cit., p.190 ; Abbas Youssef JABER, *Les contrats conclus par voie électronique*, Thèse, Montpellier 1, 2012, p.100.

B: Les dispositions de l'obligation précontractuelle d'information

131. D'une manière générale, les négociateurs se doivent de prévenir leur éventuel contracteur des risques et avantages de telle mesure ou acte envisagé, aussi sur toutes circonstances ayant un rôle déterminant dans la décision de contracter³¹⁰. Il s'agit d'éclairer le client sur le produit ou le service pour que son choix intervienne en pleine connaissance de cause à cet égard, dès lors que son ignorance est légitime³¹¹. Ensuite, on peut affirmer que l'étendue de l'obligation précontractuelle d'information est variée conformément à plusieurs critères. Le premier critère est le droit applicable, s'il concerne le Code civil alors les règles générales sont à appliquer³¹². S'il s'agit du droit de la consommation ou de l'assurance, il faut donc appliquer les textes de ces droits. Le deuxième critère est la nature des parties : professionnelle ou non-professionnelle, si les parties sont professionnelles l'étendue de l'obligation sera plus large³¹³, contrairement au débiteur de l'obligation non-professionnel. Le troisième critère est l'objet du contrat, si l'objet est une chose complexe ou dangereuse, dans ce cas l'obligation précontractuelle d'information, s'ajoute un devoir de conseil et de mise en garde³¹⁴.

132. La question qui découle donc est : quelles sont les informations concernées ? L'article 1112 alinéa 1 répondant à cette question se réfère à deux points : le premier point, l'obligation précontractuelle d'information est imposée

³¹⁰ Philippe Le TOURNEAU, Cyril BLOCH, André GIUDICELLI, Christophe GUETTIER, Jérôme JULIEN, Didier KRAJESKI, Matthieu POUMAREDE, *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation op.cit.*, n° 3112.14, p.1123.

³¹¹ *Ibid.*, p.1123.

³¹² Sayeed Abd EL SALAM, *L'obligation de divulguer dans les contrats, op.cit.*, p.8.

³¹³ Voir dans la doctrine égyptienne, Mohamed Ibrahim DESOUKI, *L'obligation précontractuelle de l'information*, Dar Ehab, Assiout, 1985, p.42 ; Abd El Kader Mohammed El kasassi, *L'obligation de la sécurité dans les contrats*, Thèse, Alexandrie, 2008, p.102 ; Tharouat Fathi ISMAIL, *La responsabilité civile pour la vendeur professionnel*, Thèse, université Ain Shams, 1987, p.361; Mohammed Wahid MOHAMMED, *La responsabilité civile du pharmacien*, Thèse, université Ain Shams, 1993, p.120.

³¹⁴ Radwan Hassan RASHWAN, *L'impact des conditions économiques sur la force obligatoire du contrat*, Thèse, Le Caire, 1994, p.7 ; Adel Mohammed GABR, *La valeur du silence dans l'annonce de la volonté*, Dar EL Feker EL Araby, Alexandrie, 2003, p.3.

« dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant », c'est-à-dire que seul le négociateur ignorant doit être informé. De plus l'ignorance doit être légitime³¹⁵. En d'autres termes, il semble que l'article a déterminé des limites à l'obligation précontractuelle d'information en prévoyant la condition de la connaissance de l'information par le créancier, et de l'ignorance de l'information par l'autre partie, cette ignorance devant être légitime et pouvant tenir aux relations de confiance entre les cocontractants. Le deuxième point, l'information considérée doit être pertinente³¹⁶, comme l'article dit « *déterminante pour le consentement de l'autre* », c'est-à-dire que tout ce qui a un lien direct avec le contenu du contrat projeté et la qualité des négociateurs. Il faut noter que cet alinéa est sans précédent dans les projets de droits.

133. Ensuite, l'article dans l'alinéa 2 afin d'éviter l'insécurité juridique et de répondre aux inquiétudes des entreprises, cette obligation d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation française³¹⁷, qui a jugé que « *néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation* ».

134. Il faut préciser, également, que l'article dans son alinéa 4 a découlé la charge de la preuve pour cette obligation « *il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie* ». Pour le dire autrement, la preuve de l'existence de l'obligation précontractuelle d'information incombe à celui se prétend créancier de cette obligation. La preuve de l'exécution de l'obligation précontractuelle incombe au débiteur de cette obligation.

³¹⁵ Thibault DOUVILLE (dir.) Collectif, *La réforme du droit des contrats. Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 1^{re} éd, Gualino, Hors collection, 2016, p.52.

³¹⁶ Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, tome 1, Contrat et engagement unilatéral*, op.cit., p.264 ; Voir dans ce sens, Moustafa MOÏSE, *Le rôle de l'information pendant la formation du contrat*, Thèse, Le Caire 2000, p.126.

³¹⁷ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, p.6.

S'agissant d'un fait juridique, la preuve est donc libre³¹⁸. Dans le même sens, la Cour de cassation française a jugé que « *la preuve de cette information peut être faite par tous moyens* »³¹⁹. Selon les rédacteurs de l'ordonnance, cet alinéa correspond à la solution dégagée en jurisprudence³²⁰.

135. Il est évident que, l'article dans l'alinéa 5 précise que l'obligation est une règle d'ordre public. Ainsi, aux termes de l'article « *les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir* ». Cela signifie que, les parties doivent obligatoirement la respecter et ne peuvent donc pas y déroger par une clause insérée dans leurs négociations et leur contrat³²¹.

136. Il apparaît clairement que, l'article dans l'alinéa 6 précise que le manquement à cette obligation est sanctionné par l'engagement de la responsabilité de celui qui en était tenu, et qu'il peut également entraîner la nullité du contrat s'il a provoqué un vice du consentement, erreur ou dol « *outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants* ». Ainsi, l'alinéa 6 a annoncé deux sanctions dans le cas de la violation de l'obligation précontractuelle d'information : d'une part, le négociateur engage sa responsabilité délictuelle³²², bien que l'article n'indique pas explicitement la nature de la responsabilité. Cependant, selon les règles générales de la violation ayant lieu dans la phase de négociations précontractuelles, la responsabilité devrait être donc de nature délictuelle. Ainsi, selon certains auteurs la violation de l'obligation précontractuelle d'information constitue une rupture

³¹⁸ Christophe LACHIEZE, *Droit des contrats*, op.cit., p.59.

³¹⁹ Cass. 1^{re} ch. civ., 14 octobre 1997, n° 95-19.609.

³²⁰ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, p.6.

³²¹ Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, tome 1, Contrat et engagement unilatéral*, op.cit., p.265.

³²² Thibault DOUVILLE (dir.) Collectif, *La réforme du droit des contrats. Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op.cit., p.53 ; Philippe le TOURNEAU, Matthieu POUMARÈDE, *Bonne foi*, op.cit., n° 47.

fautive des pourparlers³²³. D'autre part, le négociateur, qui a manqué à son obligation précontractuelle d'information, encourt l'annulation du contrat³²⁴, aux conditions posées par les textes sur les vices du consentement³²⁵.

137. Avant de conclure, il convient de souligner que l'ordonnance dans le cadre d'un droit commun des contrats rénové pose une obligation de confidentialité pesant sur les parties négociatrices, en s'inspirant des projets d'harmonisations européens et des solutions judiciaires³²⁶ à l'article 1112 alinéa 2 qui prévoit que « *qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun* ». L'article a consacré donc l'obligation de confidentialité quant aux informations obtenues lors des négociations.

138. Pour conclure sur ce chapitre, on peut affirmer que la phase de négociations précontractuelles est encadrée par des principes et des obligations. D'une part, il faut préciser que les principes régissant cette période sont : la liberté précontractuelle, la bonne foi précontractuelle et l'obligation précontractuelle d'information. La liberté précontractuelle diffère en termes de contenu de la liberté contractuelle. Alors que la doctrine égyptienne estime que la liberté précontractuelle est une extension du principe de la liberté contractuelle, la doctrine française estime que le principe de la liberté précontractuelle est un principe indépendant. Finalement, le législateur français a adopté le principe de la liberté précontractuelle explicite et sans ambiguïté dans le Code civil français à l'article 1112. D'autre part, les rédacteurs de l'ordonnance de 2016 affirment qu'un des objectifs de l'ordonnance est de garantir les principes généraux du droit

³²³ Philippe Le TOURNEAU, Cyril BLOCH, André GIUDICELLI, Christophe GUETTIER, Jérôme JULIEN, Didier KRAJESKI, Matthieu POUMAREDE, *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation, op.cit.*, n°3112.15 p.1124.

³²⁴ Voir dans la doctrine égyptienne, Gamel ELSHARKAWY, *La théorie de la nullité de l'acte juridique*, Le Caire, Dar Al Nahda Al Arabya, 1999, p.75.

³²⁵ Thibault DOUVILLE (dir.) Collectif, *La réforme du droit des contrats. Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op.cit.*, p.54.

³²⁶ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, p.7.

des contrats tels que la bonne foi précontractuelle et l'obligation précontractuelle d'information. Par conséquent, le Code civil français a consacré la bonne foi précontractuelle selon les articles 1104 et 1112, en codifiant les solutions jurisprudentielles. Enfin, le législateur français a codifié dans le Code civil par l'ordonnance de 2016 l'obligation précontractuelle d'information à l'article 1112 alinéa 1. Il convient de souligner que, cet article est l'un des articles que le législateur français a délibérément codifié d'une manière très détaillée, compte-tenu de l'importance de cette obligation aujourd'hui. Dès lors, il est préférable que le législateur égyptien adopterait de tels textes, qui pourraient constituer le cadre juridique pour la phase de négociations précontractuelles.

139. Après avoir étudié le mécanisme de ces négociations et le cadre juridique régissant ces négociations, il est nécessaire d'analyser le problème le plus important dans la vie des négociations précontractuelles (la rupture des négociations), et les questions et les problèmes qu'elle soulève concernant la responsabilité de cette rupture.

Titre 2 : La responsabilité précontractuelle à la suite de la rupture des négociations précontractuelles

140. Avant de développer ce titre qui fait polémique, il convient de rappeler que l'un des axes importants du principe de la liberté précontractuelle est le droit de rompre les négociations précontractuelles. Une composante essentielle du bon fonctionnement d'une économie de marché soit en France ou en Égypte. La liberté précontractuelle suppose que l'on puisse mener ou rompre les négociations précontractuelles. La liberté précontractuelle a donné le droit aux négociateurs de rompre les négociations qui ne veulent pas les continuer pour de nombreuses raisons. Par exemple un des négociateurs découvre que le contrat ne lui apporte pas l'intérêt souhaité, entrer dans une crise financière soudaine, ou reçoit une autre offre plus rentable grâce à des négociations parallèles, ou le manque de sérieux des négociations par un des négociateurs, et beaucoup d'autres exemples qui se produisent dans la pratique.

141. Il est essentiel de rappeler qu'en principe en France et en Égypte, la rupture est licite, cela signifie que l'auteur de la rupture n'a pas besoin de justifier son comportement par des raisons justifiables et légitimes. Le droit de rompre les négociations précontractuelles selon certains auteurs signifie que chaque négociateur a le droit de rompre les négociations, les pourparlers et reprendre ainsi son entière liberté de négociation à tout moment, et pour n'importe quelle raison. Il n'y aura ainsi aucune obligation de continuer la négociation jusqu'à ce qu'il y ait de bonnes raisons pour la rupture³²⁷. Certains auteurs justifient la rupture des négociations précontractuelles en affirmant que la période précontractuelle étant dominée par cette liberté, chacun peut décider de mettre un terme aux négociations³²⁸. Cette liberté d'interrompre les négociations précontractuelles est le corollaire de la liberté contractuelle qui implique le droit de ne pas contracter et de la liberté de la concurrence qui implique le droit de

³²⁷ Rabih MONZER, *Les effets de la mondialisation sur la responsabilité précontractuelle régimes juridiques romano-germaniques et anglo-saxons*, R.I.D.C. Vol 59 n° 3, 2007, p.539 ; Voir aussi, Philippe LE TOURNEAU, *La rupture des négociations*, RTD com. 1998, p.479.

³²⁸ Joanna SCHMIDT, *La période précontractuelle en droit français*, RID Vol. 42, n° 2, Avril-juin 1990, p.545.

prospector³²⁹. Dans un même contexte selon certains auteurs égyptiens, le droit de rupture unilatérale des négociations précontractuelles est justifié et se traduit par l'existence d'un droit subjectif, dont l'usage n'est pas fautif en principe³³⁰. Il peut être conclu que le droit de rupture des négociations précontractuelles se justifie par la liberté précontractuelle. D'une part, il permet aux négociateurs de rompre et de ne pas poursuivre les négociations, car ils ne trouvent aucun intérêt à la conclusion du contrat projeté. Comme une partie ne peut forcer une autre de contracter, on ne peut pas donc obliger les négociateurs à continuer les négociations contre leur volonté. Ceci est une application fidèle du principe de la liberté et les règles de justice. D'autre part, il permet aux négociateurs durant la phase de négociations de comparer les différentes offres (négociations parallèles) et donc le choix de l'offre la plus favorable impliquant certainement la rupture des négociations avec les autres négociateurs.

142. Dans une conception traditionnelle du droit des contrats en France et en Égypte, la liberté de rupture des négociations précontractuelles n'est pas un dogme absolu³³¹. Elle est comme toute liberté soumise à des limites. De façon générale, selon la majorité de la doctrine et la jurisprudence en France comme en Égypte, la rupture des négociations précontractuelles reste légitime tant qu'elle n'a pas été abusive ou de mauvaise foi. Pourtant, le critère de l'abus reste environné d'un certain flou. Ainsi l'abus du droit de rupture des négociations précontractuelles se présente dans la doctrine et la jurisprudence française et égyptienne comme le fondement de la responsabilité délictuelle, il l'est aussi dans la responsabilité contractuelle³³².

³²⁹ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op.cit.*, n°185.

³³⁰ Hossam El Din EL AHWANI, *Les negotiations pendant la période pré-contractuelle*, Revue de Droit et d'Economie, université Ain Shams, 1996, n° 2, p.394.

³³¹ Joanna SCHMIDT, *La période précontractuelle en droit français, op.cit.*, p.545.

³³² Joanna SCHMIDT, *La sanction de la faute précontractuelle*, RTD civ, 1974, p.46 ; Jacques CHESTIN, Grégoire LOISEAU, Yves-Marie SERINET, *La formation du contrat, tome 1: Le contrat- Le consentement, op.cit.*, p.532 ; Voir dans la doctrine égyptienne, Hamoud Abd El Aziz, *Les aspects juridiques de la phase de négociation, op.cit.*, p.7 et s.

143. L'analyse de la jurisprudence permet de constater que le droit de rompre les négociations précontractuelles est devenu un élément essentiel dans le contentieux de la responsabilité précontractuelle dont l'augmentation est une des évolutions juridiques les plus notables qu'a connues ces dernières années le droit des contrats. Du point de vue de la jurisprudence, l'auteur de la rupture abusive des négociations sera donc contraint de réparer les préjudices causés à son partenaire de négociation subis par sa faute. En effet, depuis une douzaine d'années, la Cour de cassation française, spécialement sa chambre commerciale a rendu de nombreux arrêts dont beaucoup admettent la condamnation de l'auteur de la rupture³³³. À titre d'exemple, la jurisprudence a considéré comme abusive la rupture de négociations survenue : chaque producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers, peut rompre brutalement, même partiellement, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce³³⁴. Dans le même contexte, la Cour d'appel de Paris en 2014 a condamné la société Hugo Boss à verser à la société Tokyo la somme de 20.000 euros à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice résultant de la rupture abusive des relations précontractuelles³³⁵. Dans tous les cas, l'abus dans la rupture des négociations est une question de fait, les juges apprécient souverainement si la rupture a été abusive ou non, en fonction des circonstances et des arguments des parties.

144. En ce qui concerne la position de droit civil français et égyptien à l'égard de ce principe, on trouve que le principe a été évoqué dans les projets de droit français et finalement dans le Code civil français, contrairement à la situation dans le droit égyptien où ce dernier ne se réfère pas explicitement à ce principe. Au niveau européen, il convient de rappeler que les principes d'Unidroit ont noté le droit de la rupture des négociations dans l'article 2.1.15.1 qui dispose que « *les parties sont libres de négocier et ne peuvent être tenues pour*

³³³ Jacques GHESTIN, *La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers*, JCP G, 2007, I, 155 n° 2.

³³⁴ Cass.Com., 20 mai 2014, n°12-26.705 ; Voir aussi, Cass.Com., 28 novembre 2006, n° 05-19.090 ; Cass.Com., 20 novembre 2007, n° 06-17.289.

³³⁵ Cour d'appel, Paris PÔLE 05 CH. 05, 20 mars 2014 n° 12/02256.

responsables si elles ne parviennent pas à un accord ». Cette règle découle du principe fondamental de la liberté contractuelle énoncé à l'article 1.1 « *les parties sont libres de conclure un contrat et d'en fixer le contenu* ». Ainsi, l'article 6.1 de l'avant-projet du Code européen des contrats, dispose que « *chacune des parties est libre d'entreprendre des tractations en vue de conclure un contrat sans qu'on puisse lui imputer la moindre responsabilité au cas où le contrat n'est pas stipulé, sauf si son comportement est contraire à la bonne foi* ». On peut affirmer que dans le même cadre, l'article 1104.1 de l'Avant-projet de réforme du droit des obligations élaboré sous la direction de M. le Professeur Pierre Catala 2005, l'article 20 du Projet de réforme du droit des contrats élaboré par la Chancellerie 2008 et l'article 16 du Projet de réforme du droit des contrats 2009 rassemblent le même contenu, « *l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres...* ». Selon cette disposition les négociateurs sont donc libres d'entrer en négociations précontractuelles, de mener leurs négociations et d'y mettre fin comme et quand bon leur semble. Finalement, ces avancées dans les textes précédents sont codifiées à l'article 1112 d'ordonnance 2016 qui prévoit que « *l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi ...* ». Si on a le droit de commenter sur ce texte on peut affirmer que : premièrement on a trouvé l'innovation et la créativité, qui n'a pas été trouvé dans les projets 2005, 2008 et 2009, car cet article annonce clairement le droit des négociateurs de rompre des négociations et en même temps, il impose la bonne foi comme une limite pour cette liberté. Deuxièmement, le législateur français était un conciliateur dans cette formule, car cette dernière peut être exhaustive du fait qu'elle confirme le principe de la liberté précontractuelle pour l'entrer, la conduite et la rupture des négociations. Elle a également affirmé que tout cela est soumis à la limitation de la bonne foi. Il est donc recommandé au législateur égyptien de suivre l'exemple de son homologue français pour adopter ce texte dans son Code civil.

145. Bien que l'ordonnance de 2016 ait abordé pour la première fois les négociations précontractuelles, les braises sont toujours rougeoyantes à l'égard du

sujet de la responsabilité précontractuelle³³⁶, qui peut éventuellement être source de litiges, surtout concernant la nature de la responsabilité précontractuelle et les conditions de cette responsabilité³³⁷. On constate donc que l'étude d'un sujet comme celui de la responsabilité précontractuelle qui n'est pas définie ou traitée dans le droit égyptien³³⁸, bien au contraire du droit français, est une tâche assez malaisée, parce que dans de nombreux cas, la question de la rupture de pourparlers soulève de nombreuses difficultés et problèmes comme la nature de la responsabilité, la détermination d'une rupture abusive ou non, ainsi que des difficultés d'identification de la faute précontractuelle, du préjudice précontractuel et de la causalité précontractuelle, etc. En tout cas, au cours de cette analyse doctrinale et jurisprudentielle il faut traiter les arguments des uns et des autres dans la position française et égyptienne sur la question de la nature de la responsabilité précontractuelle et les problèmes des conditions de la responsabilité précontractuelle afin de montrer les points de convergence et de divergence entre les deux systèmes juridiques. Il convient d'étudier donc dans un premier temps la controverse sur la nature de la responsabilité précontractuelle (Chapitre 1). Avant de s'intéresser dans un second temps aux conditions de mise en œuvre de la responsabilité précontractuelle (Chapitre 2).

³³⁶ SALEILLES, auteur d'une des premières études sur le sujet en droit français a utilisé l'expression « *responsabilité précontractuelle* » pour la première fois en 1907 dans son article, *De la responsabilité précontractuelle, a propos d'une étude nouvelle sur la matière*, RTD civ.1907, p.700, cité par Claire POITEVIN, *L'avant-contrat en droit des contrats d'auteur*, op.cit., n° 118, p.71.

³³⁷ Denis MAZEAUD, *Mystères et paradoxes de la période précontractuelle dans le contrat à la fin du XXe siècle*, op.cit., p.637 et s.

³³⁸ Voir dans la doctrine égyptienne, Majd Omar Ahmed NAZZAL, *La responsabilité civile pendant la phase de négociation*, Thèse, université Mansoura, 2017.

Chapitre 1 : La controverse quant à la nature de la responsabilité précontractuelle

146. Historiquement, la recherche de la nature juridique de la responsabilité précontractuelle a fait l'objet d'une querelle doctrinale, entre les partisans de la responsabilité contractuelle et les autres auteurs qui, au contraire, prétendent qu'il s'agit d'une responsabilité délictuelle³³⁹. Au cours du temps, différentes théories ont abordé la responsabilité précontractuelle, chaque théorie a une perspective différente pour le fondement et la nature de cette responsabilité. La première tendance opte pour le fondement contractuel, alors que la deuxième opte pour le fondement délictuel. Elles sont la base théorique des solutions judiciaires que l'on retrouve dans les deux systèmes juridiques français³⁴⁰ et égyptien. D'après d'autres auteurs, l'étude de la nature de la responsabilité précontractuelle n'est pas absolument nécessaire parce que le choix entre la responsabilité extracontractuelle et la responsabilité contractuelle peut sembler être une question rhétorique, de plus elles ont un régime juridique très proche. Pourtant, la plupart des auteurs croient que ce choix est très important parce qu'elles se distinguent sur le plan des règles de procédure applicables, aussi bien la preuve, la prescription, les préjudices réparables et le montant des dommages et intérêts³⁴¹. Ainsi, dans certains systèmes civilistes comme celui de la France et de l'Égypte, il est nécessaire avant d'engager des poursuites, de choisir si l'action est contractuelle ou délictuelle, car il n'est pas possible, pour un même litige, d'intenter une action en vertu des deux régimes. Dès lors, afin de bien comprendre la responsabilité précontractuelle, il est nécessaire d'analyser d'abord les théories qui ont tenté de classer la responsabilité précontractuelle et qui permettent d'identifier le fondement de cette responsabilité. C'est pourquoi il est utile d'aborder les théories de la qualification de la responsabilité précontractuelle

³³⁹ Claire POITEVIN, *L'avant-contrat en droit des contrats d'auteur*, op.cit., p.79.

³⁴⁰ Valérie BLANC, *La responsabilité précontractuelle perspectives québécoise et internationale*, Mémoire, Université de Montréal, 2008, p.5.

³⁴¹ Marcel FONTAINE, Collectif, *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruylant, LGDJ, 2002, p.102.

(Section 1), Et par la suite, la discussion doctrinale et jurisprudentielle sur le fondement juridique de la responsabilité précontractuelle (Section 2).

Section 1 : Les théories de la qualification de la responsabilité précontractuelle

147. Au fil du temps, différentes théories ont fait leur apparition, chacune apportant une idée différente sur le traitement juridique que l'on devrait donner à la responsabilité précontractuelle. La première tendance montre que la responsabilité précontractuelle est de nature contractuelle. Cette tendance contractuelle a trouvé son origine dans la doctrine allemande, qui a conduit à l'élargissement de devoirs précontractuels en supposant l'existence d'un contrat et des accords implicites entre les pré-contractants. La deuxième tendance suppose que la responsabilité est délictuelle ce qui estime qu'en absence du contrat, la responsabilité précontractuelle est délictuelle sans aucun doute, telle est l'opinion de la majorité des juristes en droit français et égyptien. La troisième tendance considère que la responsabilité précontractuelle est mixte et est localisée dans la région centrale entre la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Cette divergence doctrinale n'est pas purement théorique, mais elle a une influence pratique, parce que, selon la nature de la responsabilité plusieurs questions varient, telle que la prescription, la preuve et les dommages-intérêts, etc. Certainement ces théories ont des échos dans la doctrine et la jurisprudence. Elles ont des partisans et sont soumises à des critiques dans le droit français et égyptien. Il convient donc d'axer tout d'abord, la tentative d'une qualification contractuelle (Sous-section 1). Ensuite, il convient de traiter, la tentative d'une qualification délictuelle et les autres tendances pour qualifier la responsabilité précontractuelle. (Sous-section 2).

Sous-section 1: La tentative d'une qualification contractuelle

148. La responsabilité contractuelle en droit français comme en droit égyptien est l'obligation pour le contractant fautif de réparer le dommage résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution d'un contrat. La responsabilité contractuelle exige la présence d'un contrat valable entre les contractants dont

l'inexécution cause un préjudice à l'un d'entre eux³⁴². Il est reconnu que la responsabilité contractuelle est retenue dans le cas de l'existence du contrat ou l'accord de négociation au stade des négociations précontractuelles. Certes, si un des contrats préparatoires a été conclu, tout manquement à ses dispositions met en marche la responsabilité contractuelle. Dès lors, la rupture injustifiée des négociations précontractuelles pourra aboutirait à la condamnation au titre de la responsabilité contractuelle de celui qui a pris l'initiative d'une telle rupture³⁴³. Ainsi, en cas d'absence du contrat ou de tout accord précontractuel, la responsabilité est délictuelle³⁴⁴. Donc le principe est toujours la responsabilité contractuelle entre les contractants. Nul ne conteste cela, mais les partisans de la thèse contractuelle pendant la période de négociations précontractuelles prétendent qu'il en va de la sorte en dehors même de la violation d'un contrat de négociation, ou plutôt, ils estiment que toutes négociations et pourparlers précontractuels génère *ipso facto* contrat tacite entre les pré-contractants³⁴⁵. La question qui se pose maintenant est : peut-on considérer que la responsabilité précontractuelle a une nature contractuelle ou pas ? On peut trouver la réponse à cette question en analysant la doctrine et la jurisprudence française et égyptienne. Il convient dans un premier temps de mettre en lumière la théorie contractuelle afin de qualifier la responsabilité précontractuelle (§1), avant d'en apprécier les échos de la théorie contractuelle en droit français et égyptien (§2).

§1 : La théorie contractuelle afin de qualifier la responsabilité précontractuelle

149. La thèse contractuelle de la responsabilité précontractuelle a avancé diverses propositions fondant la nature contractuelle de la responsabilité précontractuelle. De nombreux auteurs ont tenté de déceler certaines obligations

³⁴² Laurence LETURMY, *La responsabilité délictuelle du contractant*, RTD civ, 1998, p.839 ; Voir en ce sens, Cass. 1^{re} ch. civ., 18 novembre 1997 n°95-19.516 ; Cass. Ch. Mixte., 6 juillet 2007, n° 06-13.823 ; Cass. 1^{re} ch. civ., 14 janvier 2016, n°14-28.227.

³⁴³ Joanna SCHMIDT, *La période précontractuelle en droit français*, *op.cit.*, p.554 ; V, aussi, Vincent CADORET, *Réflexions sur les contrats d'affaires*, Thèse, université de Montpellier 1, 2012, p.106.

³⁴⁴ Jacques GHESTIN, *La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers*, *op.cit.*, n° 155.

³⁴⁵ Philippe LE TOURNEAU, *La rupture des négociations contractuelles*, *op.cit.*, p.479.

contractuelles entre les pré-contractants dès le début des négociations précontractuelles afin de consolider cette théorie. Comme c'est le cas de Jhering qui a fondé sa théorie sur l'existence d'une convention tacite, alors que d'autres auteurs ont proposé l'idée d'un pacte de garantie tacite. Avant de voir les échos de ces théories contractuelles dans la doctrine française et égyptienne, il convient d'abord de présenter rapidement la vision de Jhering fondée sur l'existence d'une convention tacite (A). Ensuite, les propositions fondées sur l'existence d'un pacte de garantie (B).

A : La vision de Jhering fondée sur l'existence d'une convention tacite

150. L'une des théories les plus célèbres à avoir vu le jour concernant la responsabilité précontractuelle est celle de la « *culpa in contrahendo* » présentée par le célèbre auteur allemand Rudolf Von Jhering qui lança l'idée de la responsabilité contractuelle à propos des négociations précontractuelles, en 1861 dans un important article *Culpa in contrahendo*³⁴⁶ « *faute en contractant* »³⁴⁷. En réalité, cette théorie avait pour principal objet de régler le sort des conséquences de la nullité d'un contrat résultant de la faute d'un des négociateurs³⁴⁸. Selon Jhering, au départ de chaque entrée en pourparlers les négociateurs concluraient de manière tacite une convention de « *diligencia in contrahendo* » dont la conséquence principale serait l'extension du domaine contractuel à la période de négociations précontractuelles, chaque négociateur s'étant implicitement engagé à répondre envers l'autre des fautes qu'il commettrait au cours des négociations³⁴⁹. Les négociations précontractuelles doivent être conduits avec une diligence

³⁴⁶ Traduit en français en 1893, œuvres, t. II, p.1 à 100.

³⁴⁷ Philippe Le TOURNEAU, Cyril BLOCH, André GIUDICELLI, Christophe GUETTIER, Jérôme JULIEN, Didier KRAJESKI, Matthieu POUMAREDE, *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, op.cit., n° 3112.61, p.1127.

³⁴⁸ Philippe Le TOURNEAU, *La rupture des négociations contractuelles*, op.cit., p.479 ; Michel PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2^e éd., LGDJ, Paris, 2004, p.34 ; Michel FRÉMONT, *Droit allemand des affaires*, Paris, Éditions Montchrestien, 2001, p.107.

³⁴⁹ Rudolf Von JHERING, *De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites*, œuvres choisies, trad. De Meulenaere, 1893, p.23, cité par, Claire POITEVIN, *L'avant-contrat en droit des contrats d'auteur*, op.cit., p.74 ; Voir aussi sur ce point, Paul ROUBIER, *La responsabilité précontractuelle*, Thèse, Lyon, 1911.

spéciale, et celui qui y a manqué est tenu de réparer le préjudice causé par sa faute, ainsi naquit l'idée de responsabilité précontractuelle. Pour Jhering, il était inconcevable de ne pas protéger une partie qui s'était engagée de bonne foi dans des négociations et dans lesquelles elle avait mis sa confiance. L'important c'est que le cadre du fait générateur est contractuel et donc la responsabilité est contractuelle. Cette solution fut étendue à la rupture fautive des négociations³⁵⁰. Jhering a donc élaboré un régime spécial afin de résoudre le problème en s'appuyant sur le droit romain. Il en vient à la conclusion que seule la responsabilité contractuelle peut répondre adéquatement pour qualifier la responsabilité précontractuelle³⁵¹. Selon la théorie de Jhering il existe quatre conditions de la responsabilité pour *culpa in contrahendo*. « Il faut d'abord qu'il existe un rapport d'obligation né de l'engagement de pourparlers précontractuels; il faut ensuite qu'il y ait violation, par le responsable, de l'une des obligations de comportement qui résultent de ce rapport précontractuel; il faut en troisième lieu que la violation des obligations de comportement soit imputable à la faute intentionnelle ou de négligence du responsable ou à celle de ses préposés; il faut enfin qu'il en résulte un dommage pour le partenaire aux pourparlers »³⁵². La doctrine allemande postérieure à Jhering pour expliquer l'application des règles de la responsabilité contractuelle pendant la période de négociations précontractuelles, affirmait que le lien établi entre les précontractants pendant les négociations créerait une relation juridique précontractuelle de confiance, volens nolens, analogue à la relation juridique contractuelle³⁵³.

³⁵⁰ Luiz Fernando KUYVEN, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : Fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation*, op.cit., p.99.

³⁵¹ Valérie BLANC, *La responsabilité précontractuelle*, op.cit., p.6.

³⁵² Jean-Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL, Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat*, op.cit., p.53.

³⁵³ Luiz Fernando KUYVEN, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : Fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation*, op.cit., p.100.

151. On peut noter que Jhering rejette la responsabilité extracontractuelle comme source de la responsabilité précontractuelle. Cependant comment justifie-t-il l'emploi de la responsabilité contractuelle ? D'une part, Jhering explique qu'en manifestant le désir de contracter ensemble, les pré-contractants ont voulu sortir des obligations reliées aux devoirs généraux humains (ceux qui sont demandés par la responsabilité extracontractuelle) pour entrer dans une autre phase, pour se créer des obligations contractuelles spéciales³⁵⁴. Les négociations précontractuelles créent donc un rapport personnalisé entre les pré-contractants. Ces derniers forment donc, entre eux, un contrat tacite ou un avant-contrat résultant automatiquement de toute ouverture de pourparlers³⁵⁵. Cet accord tacite a pour objet la conduite de bonne foi dans les négociations et la volonté d'arriver à la conclusion d'un contrat définitif³⁵⁶. En d'autres mots, l'ouverture des négociations précontractuelles fait naître un rapport d'obligations précontractuelles imposant à chaque négociateur de prendre en considération les droits, les devoirs et les intérêts protégés par la loi de l'autre négociateur³⁵⁷. Dès lors, les pré-contractants se doivent de respecter *la diligentia in contrahendo* ou en d'autres termes, tenter d'éviter toute faute précontractuelle qui pourrait mettre fin à leurs négociations. D'autre part, la notion de contrat tacite a des applications importantes³⁵⁸ ou l'interprétation joue un rôle important dans les litiges, parce qu'il s'agit de la clarification du fait contractuel. Cette opération permet aux juges de découvrir la commune intention des pré-contractants et les éléments objectifs dans le contenu du contrat³⁵⁹. Mais il semble que ces arguments ne convainquent pas certains auteurs qui ont essayé de trouver une autre base de la théorie contractuelle.

³⁵⁴ Paul ROUBIER, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, Thèse Lyon, 1911, p.58, cité par, Luiz Fernando KUYVEN, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : Fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation*, *op.cit.*, p.99.

³⁵⁵ Jérôme HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, Thèse, Paris II, 1978, n° 243.

³⁵⁶ Valérie BLANC, *La responsabilité précontractuelle*, *op.cit.*, p.7.

³⁵⁷ Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat*, *op.cit.*, n°123.

³⁵⁸ Joanna SCHMIDT, *La période précontractuelle en droit français*, *op.cit.*, p.545-566.

³⁵⁹ Liwei QIN, *L'interprétation du contrat: étude comparative en droits français et chinois*, Thèse, université Panthéon-Assas, 2012, p.30.

B : Les propositions fondées sur l'existence d'un pacte de garantie

152. Le pacte de garantie est une autre vision contractuelle permettant de contractualiser les négociations précontractuelles. Windscheid a développé l'idée d'un pacte de garantie qui serait conclu de manière tacite par les négociateurs dès le début de leurs négociations. Selon lui, lors de leurs premières rencontres, les pré-contractants forment tacitement un autre contrat qui garantit les risques pouvant naître lors des négociations précontractuelles. En d'autres termes, c'est la confiance qui a été suscitée par les deux pré-contractants lors de la décision de former un contrat qui est la base de cette garantie³⁶⁰. Ce contrat de garantie oblige les pré-contractants à répondre à toutes les suites préjudiciables qui auraient pu être engendrées pendant la formation du contrat. D'après lui, le contrat de garantie tacite qui interviendrait à l'origine des relations contractuelles et par lequel chaque négociateur se constituerait en quelque sorte envers l'autre l'assurance des risques qui naîtraient de son fait dans l'élaboration du contrat proposé³⁶¹. Windscheid a fondé son point de vue sur la théorie du risque contractuel. De ce fait, celui qui prend l'initiative de la négociation, sera le responsable de tout préjudice subi à l'occasion des négociations, sans approuver la faute du demandeur, ou sa connaissance de l'impossibilité du contrat définitif. Dans le même contexte, Faggella a aussi avancé l'idée d'un pacte de garantie. Selon lui, le fait générateur de la responsabilité précontractuelle n'est pas une faute délictuelle, mais la violation du pacte de garantie entre les négociateurs pendant la période de négociations précontractuelles, celle-ci représentant une faute contractuelle. À en croire Faggella, « *avant toute émission de l'offre, un retrait arbitraire, à savoir un retrait non justifié par un antagonisme d'intérêts économiques, devait pouvoir*

³⁶⁰ Stéphane DARMAISIN, *Le contrat moral*, LGDJ, 2000, p.224 ; Marcel FONTAINE (dir.), *Le processus de formation du contrat, contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruylant, LGDJ, 2002, p.56.

³⁶¹ WINDSCHEID, *Wille und Willenserklärung*, *Archiv für die civilistische Praxis*, T.63, N. F. XIII, 1880, p.72, cité par Claire POITEVIN, *L'avant-contrat en droit des contrats d'auteur*, *op.cit.*, p.76.

entraîner la réparation des pertes subies à l'occasion des négociations »³⁶². Il convient de rappeler que ces théories contractuelles ne font pas toujours l'unanimité. Toutefois, elles ont servi de base à la loi suisse, italienne et allemande qui utilise toujours le concept de *la culpa in contrahendo*³⁶³.

§2 : *Les échos de la théorie contractuelle en droit français et égyptien*

153. Après le traitement de la théorie contractuelle, il est intéressant de connaître l'écho de cette théorie dans le droit français et égyptien et comment la doctrine et la jurisprudence ont reçu et traité cette théorie dans les deux pays. Dès lors, il convient d'étudier dans un premier temps les échos de la théorie contractuelle en droit français (A), puis dans un second temps, les échos de la théorie contractuelle en droit égyptien (B).

A : Les échos de la théorie contractuelle en droit français

154. Il est très intéressant de connaître les échos de cette théorie dans la doctrine française, afin de clarifier l'impact de la doctrine allemande dans la doctrine française. Il convient de souligner que les grands auteurs français cherchaient ainsi à expliquer la théorie contractuelle qui sanctionnait celui qui avait rompu les négociations précontractuelles, comme les professeurs Saleilles et Demogue ont également soutenu l'existence d'un avant-contrat tacite entre les pré-contractants, contrat tacite qui prenait naissance dès la prise de contact entre les négociateurs³⁶⁴. Ainsi, le doyen Carbonnier a noté que les fautes commises durant la discussion du contrat négocié sont soumises au régime de responsabilité contractuelle. Seule, la non-conclusion de l'accord négocié soumettrait le

³⁶² G. FAGGELLA, *Dei Periodi precontrattualie della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, Naples, 1906, vol. III, p. 271 et s, cité par, Claire POITEVIN, *L'avant-contrat en droit des contrats d'auteur*, op.cit., p.76.

³⁶³ Valérie BLANC, *La responsabilité précontractuelle*, op.cit., p.8.

³⁶⁴ Raymond SALEILLES, *De la responsabilité précontractuelle ; à propos d'une étude nouvelle sur la matière*, RTD Civ., 1907, p.720 ; René DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Paris, 1923-1933, tome II, n° 554, p.168, cité par Luiz Fernando KUYVEN, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : Fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation*, op.cit., p.102.

traitement de la faute au régime de la responsabilité délictuelle³⁶⁵. Dans le même contexte, certains auteurs affirment que, le contrat définitif conclu ou non, la loi du contrat négocié doit s'appliquer à sa négociation, dans la négative, le demandeur en réparation devra démontrer la violation d'une obligation contractuelle³⁶⁶, donc la rupture injustifiée des négociations précontractuelles pourrait aboutir à la condamnation au titre de la responsabilité contractuelle de celui qui a pris l'initiative d'une telle rupture³⁶⁷. À cet égard, M. le professeur Jérôme Huet a proposé de rattacher au contrat projeté les fautes qui sont commises pendant la période précontractuelle, qui constituent la raison de ne pas conclure le contrat définitif et qui constituent une inexécution virtuelle. Selon lui, le contrat est apte à prendre en charge le passé, parce que, en même temps qu'il est un projet d'avenir, il constitue une synthèse du passé, le passé préjuge de l'avenir³⁶⁸. Par exemple, le manque d'informations nécessaires au cours de la période de négociations se prolonge dans le défaut d'exécution du contrat projeté. Dans le même sens, Mme le professeur Fabre-Magnan estime que « *la responsabilité contractuelle s'applique dès que l'absence à l'obligation d'information a une incidence sur l'exécution du contrat proposé, dans le cas contraire elle est délictuelle* »³⁶⁹. Ce point de vue, s'inscrit dans le courant doctrinal en faveur d'une extension du champ contractuel dans la période précontractuelle, qui prétend que le contrat est une seule unité comprenant ses préliminaires, ses préparatoires et tous ses environs précontractuels par le biais de l'idée de groupe de contrats. D'autres soutenaient que les négociations feraient surgir une relation contractuelle de fait dérivée, du contact social qualifié, établie

³⁶⁵ Pierre MOUSSERON, *Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle*, op.cit., p. 243.

³⁶⁶ Voir en ce sens, Catherine POPINEAU-DEHAULLON, *Regards comparatistes sur la responsabilité du contractant à l'égard d'un tiers, victime de l'inexécution du contrat*, RDC, 2007, p.622 ; Éric SAVAUX, *Brèves observations sur la responsabilité contractuelle dans l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité*, RDC 2007, p.45.

³⁶⁷ Vincent CADORET, *Réflexions sur les contrats d'affaires*, op.cit., p.106.

³⁶⁸ Jérôme HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, op.cit., n° 239.

³⁶⁹ Muriel FABRE-MAGNAN, *Essai d'une théorie de l'obligation d'information dans les contrats*, Thèse, Paris, 1991, n° 281.

entre les parties pendant les négociations, à laquelle on devait appliquer les devoirs sociaux de protection ce qui mènerait à l'application des règles de la responsabilité contractuelle ³⁷⁰. Du point de vue pratique, en France la jurisprudence a essayé d'étendre la responsabilité contractuelle pendant la période de négociations précontractuelles dans certains arrêts ³⁷¹, contrairement à la position de la jurisprudence égyptienne où on n'a trouvé aucun arrêt indiquant l'adoption de la théorie contractuelle.

155. Enfin, il est impossible de ne pas rappeler que l'artifice de l'analyse contractuelle de la relation précontractuelle a été dénoncé par la doctrine française. Donc le droit français n'a jamais retenu cette théorie ; en raison des nombreuses critiques. À titre d'exemple, M. le professeur Le Tourneau a critiqué la théorie de Jhering, en affirmant que l'existence d'un contrat tacite entre les négociateurs pendant les négociations précontractuelles est une pure fiction ³⁷². En dehors de l'hypothèse où les pré-contractants ont expressément conclu un contrat pour organiser leur relation précontractuelle, il est certainement artificiel de prétendre que leur rapprochement a implicitement, mais nécessairement, fait naître un contrat entre eux. Il est tout aussi artificiel d'analyser la relation précontractuelle comme un effet de l'engagement unilatéral de l'un ou l'autre des pré-contractants ³⁷³. Dans le même contexte, selon certains auteurs, l'extension de la responsabilité contractuelle est incompatible avec la nature des relations précontractuelles, car les devoirs contractuels sont créés pour sanctionner l'inexécution d'une obligation préalable de faire ou de donner ³⁷⁴. On peut partager le point de vue qui refuse de classer la responsabilité précontractuelle comme une responsabilité contractuelle pour deux raisons : la première raison, il est

³⁷⁰ Luiz Fernando KUYVEN, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : Fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation*, op.cit., p.98.

³⁷¹ Pierre MOUSSERON, *Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle*, op.cit., p.243 ; Voir aussi, Cass. Com., 23 mai 1989, n°87-18.212, inédit ; Cass.Com., 11 janvier 1984, n° 82-13.259 ; Cass. Com., 28 novembre 1995, n° 93-21123, inédit.

³⁷² Philippe LE TOURNEAU, *La rupture des négociations*, op.cit., p.479.

³⁷³ Joanna SCHMIDT, *La négociation du contrat international*, DPCI, 1983, p.255.

³⁷⁴ Luiz Fernando KUYVEN, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : Fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation*, op.cit., p.105.

impossible d'accepter l'idée d'un contrat implicite ou d'un contrat de garantie entre les négociateurs dans la période de négociations précontractuelles. En réalité, ce contrat n'existe pas, mais il représente simplement une astuce juridique de certains juristes pour trouver une solution en absence de textes. De plus, l'idée du contrat tacite est complètement incompatible avec les rapports précontractuels surtout pendant la période de négociations précontractuelles. De ce fait, en l'absence de contrat, il semble antithétique d'évoquer la responsabilité contractuelle. La deuxième raison : les rédacteurs de l'ordonnance de 2016 ont déclaré que la responsabilité précontractuelle sera en principe de nature extracontractuelle³⁷⁵. Dès lors, la théorie de la responsabilité contractuelle est totalement inacceptable actuellement au niveau doctrinal et jurisprudentiel.

B : Les échos de la théorie contractuelle en droit égyptien

156. À l'égard du droit civil égyptien, on trouve que la théorie de Jhering a eu un écho remarquable³⁷⁶. Il faut préciser en premier lieu que, lors de la rédaction de projet préliminaire du Code civil égyptien les rédacteurs du Code civil avaient l'intention d'adopter la théorie de Jhering et selon eux, la responsabilité précontractuelle est contractuelle³⁷⁷. Ce point de vue a été codifié à l'article 204 qui dispose que : la partie victime a le droit de demander des dommages-intérêts, s'elle a une croyance en la possibilité de la conclusion du contrat proposé, néanmoins, le contrat n'a pas été conclu³⁷⁸. Pourtant, cet article a été supprimé, au motif que, la théorie allemande n'est pas compatible et ne convient pas à la construction intellectuelle et à l'harmonie du Code civil égyptien qui est plus lié au Code civil français.

³⁷⁵ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, p.6.

³⁷⁶ Mohamed LOTFI, *La responsabilité civile dans la phase de négociation*, op.cit., p.34 ; EL Mahdi Nazeh EL SADIQ, *L'engagement précontractuel de l'information*, op.cit., p.302.

³⁷⁷ Abd El Razaq Al SANHOURI, *Al Waseet, La théorie générale de l'obligation, le contrat*, op.cit., p.667.

³⁷⁸ Traduit par nous.

157. En deuxième lieu, aujourd'hui l'approche moderne égyptienne ravive la théorie de Jhering. M. le professeur Rajab Abd Aallah dans sa thèse « la négociation du contrat »³⁷⁹ estime que la responsabilité précontractuelle est contractuelle, son essai sur la responsabilité précontractuelle fait référence à la théorie de Jhering mais sur une base différente. Il confirme que la doctrine égyptienne a traité la nature de la responsabilité précontractuelle, et est divisée entre la tendance qui considère la responsabilité précontractuelle comme délictuelle et celle qui estime que la responsabilité précontractuelle est contractuelle. Selon lui, la responsabilité est une question secondaire et la doctrine aurait dû examiner la nature de la négociation elle-même, parce que la négociation est le nœud de la question et la problématique fondamentale. À en croire, M. le professeur Rajab Abd Aallah afin de déterminer la nature de la responsabilité précontractuelle, la tâche principale est de déterminer la nature juridique de la négociation. On a donc deux hypothèses, la première hypothèse suppose la négociation comme « un fait juridique » autrement dit, pas comme une relation de droit mais comme une simple relation de fait, elle a donc un caractère délictuel, dans un tel cas la responsabilité précontractuelle est délictuelle. La deuxième hypothèse, suppose la négociation comme un « acte juridique », elle a donc un caractère contractuel, dans un tel cas la responsabilité est contractuelle. M. le professeur Rajab Abd Aallah soutient la deuxième hypothèse, il a confirmé que le processus de négociation a une nature contractuelle sans aucun doute. D'après lui, le processus de négociation nécessite soit la présence d'un accord explicite, soit d'un accord tacite entre les négociateurs afin de conclure le contrat définitif. Il se demande quelle est la raison de faire la différence entre l'accord explicite (contrat d'accord par exemple) et l'accord tacite qui est non écrit ! Il s'interroge aussi pourquoi on considère que l'accord est explicite dans le cadre de la responsabilité contractuelle, et l'accord est tacite dans le cadre de la responsabilité délictuelle. Dès lors, la négociation dans tous les cas a une base contractuelle, expresse ou implicite. De sorte, sa théorie est fondée sur la base de l'idée d'égalité entre l'accord implicite et explicite.

³⁷⁹ Rajab Karim Abd ALLAH, *La négociation d'un contrat*, *op.cit.*, p.199 et s.

158. M. le professeur Rajab Abd Aallah a mentionné les arguments suivants pour justifier sa théorie : en premier lieu, il estime que la négociation n'est pas un fait juridique, contrairement à ce qui est commun dans la majorité de la doctrine égyptienne, parce que, le fait juridique est généralement imprévu, alors que les négociations ne sont pas un fait de hasard, elles sont souvent par le biais des accords entre les négociateurs. Par conséquent, la description de la négociation comme un fait juridique n'est pas vrai. Dès lors, la négociation est un acte juridique, parce qu'elle reflète la volonté réelle des négociateurs, elle vise ainsi à atteindre un but clair et précis qui est la conclusion du contrat final, que ce soit de manière explicite ou implicite. On est donc dans un cadre contractuel. En deuxième lieu, il a affirmé également que les négociateurs ne sont pas des tiers pendant la période des négociations. Une fois que les négociateurs commencent à entrer en négociation, cela conduit à la naissance d'une relation contractuelle entre eux. En troisième lieu, il a annoncé qu'il est contre la responsabilité délictuelle, parce que la dernière n'indemnise pas la victime sauf en cas de rupture abusive des négociations. Au contraire, il considère que parfois la rupture elle-même représente une faute, qui devrait être compensée. Il estime également que la responsabilité délictuelle conduit à la perte du droit de la victime à une indemnisation parce que dans cette hypothèse la victime doit prouver la faute précontractuelle de l'auteur du dommage. Cette tâche est très difficile du fait que l'auteur de la rupture des négociations précontractuelles peut dissimuler les preuves de sa condamnation. De plus, la responsabilité délictuelle conduit à sanctionner les personnes mineures pour leur faute conformément à l'article 164 du Code civil égyptien³⁸⁰. Cependant, la responsabilité contractuelle garantie une plus grande protection pour les mineurs qui peuvent invoquer la nullité de l'acte. De ce fait, la responsabilité délictuelle aboutit à la réticence des parties à entamer des négociations, en raison de la crainte de manque d'accès à l'indemnisation en cas de rupture des négociations précontractuelles. Il faut souligner que le courant

³⁸⁰ L'article 164 « *Toute personne répond de ses actes illicites, pourvu qu'elle ait agi avec discernement ; 2. Toutefois, en cas de dommage causé par une personne privée de discernement, le juge pourra, si cette personne n'a pas de répondant ou si la victime ne peut pas obtenir réparation de celui-ci, condamner l'auteur du dommage à une indemnité équitable, en considération de la situation des parties* ».

doctrinal égyptien moderne est en faveur d'une extension du champ contractuel dans la période des négociations précontractuelles³⁸¹. Pourtant le législateur et la jurisprudence ont appuyé l'avis de la majorité des auteurs qui croient que la responsabilité précontractuelle est délictuelle. On ne peut pas partager le point de vue égyptien qui a classé la responsabilité précontractuelle comme une responsabilité contractuelle. Premièrement, M. le professeur Rajab Abd Aallah suppose que la négociation constitue un acte juridique et a un caractère contractuel, ainsi les négociateurs ne sont pas des tiers pendant la période de négociations. Cette hypothèse est une idée artificielle qui ne peut pas être acceptée comme l'idée du contrat implicite de Jhering. Il est également impossible de parler d'un tiers qu'en présence du contrat et non pas en présence des négociations telle que revendiquée par le professeur Rajab Abd Aallah. Deuxièmement, M. le professeur Rajab Abd Aallah considère que la rupture des négociations précontractuelles elles-mêmes représente une faute, qui devrait être compensée. Ce point de vue ne peut être accepté, car il contredit le principe de la liberté contractuelle garantie par le législateur et la jurisprudence égyptienne.

³⁸¹ Voir en ce sens, Rajab Karim Abd ALLAH, *La négociation d'un contrat*, op.cit., p.289 et s ; Ahmed Abd EL RAHMAN, *Le contrat et la volonté individuelle*, Monshatte AL Marref, Alexandrie, 2005, p.84 ; Samir Abdel Samie AL-AWDAN, *Les lettres d'intention dans le cadre de la négociation du contrat*, Dar Al Nahda Al Arabya, 2005, p.74 ; Nazeh Mohamed AL-MAHDI, *L'engagement précontractuel*, Dar Al Nahda Al Arabya, 1990 ; Abou AL Ella -EL NEMR, *Les négociations de contrats commerciaux internationaux*, 2^e éd 2002 ; Mohamed Abdel Zaher HUSSEIN, *Les aspects juridiques de la phase précontractuelle*, Faculté de droit, Université du Caire, 2002 ; Hoda Abd ALLAH, *Le système juridique de la période précontractuelle*, Bibliothèque SADER, Beyrouth, 2004.

Sous-section 2 : La tentative d'une qualification délictuelle et les autres tendances pour qualifier la responsabilité précontractuelle

159. Il est reconnu que, la responsabilité délictuelle ou extracontractuelle est « *l'obligation qui pèse sur l'auteur d'un dommage causé à autrui de le réparer* »³⁸². Tant en droit français qu'en droit égyptien, la responsabilité délictuelle fonde l'obligation de réparer un dommage, en cas de faute afin d'imposer au fautif de réparer le dommage qu'il a causé, sur le fondement de l'article 1240 du Code civil français « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». Et son homologue l'article 163 du Code civil égyptien « *toute faute qui cause un dommage à autrui oblige celui qui l'a commise à le réparer* ». Ainsi, l'auteur d'un fait qui cause un dommage à autrui est tenu de réparer le préjudice subi du fait de cette faute. Trois conditions sont donc dégagées pour mettre en œuvre la responsabilité délictuelle : dommage, faute et lien de causalité qui unie la faute au dommage. La question qui se pose : est-ce que la responsabilité délictuelle est applicable dans la période précontractuelle ou pas ? D'une part, la doctrine classique du contrat postule que la responsabilité précontractuelle est délictuelle sans le moindre doute, tant qu'il n'y a pas de contrat. D'autre part, certains auteurs croient que la responsabilité précontractuelle est mixte entre la responsabilité contractuelle et délictuelle. Par conséquent, il est intéressant de tester la validité de ces hypothèses. Afin de répondre à ces questions, il est utile d'examiner d'abord, la position doctrinale et jurisprudentielle française et égyptienne sur cette question la théorie délictuelle pour qualifier la responsabilité précontractuelle (§1). Ensuite, les autres tendances pour qualifier la responsabilité précontractuelle (§2).

³⁸² Mireille BACACHE-GIBEILI, Christian LARROUMET (dir.), *Traité de droit civil, Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, tome 5, 3^e éd, Economica, 2016, p.1.

§1 : La théorie délictuelle pour qualifier la responsabilité précontractuelle

160. La théorie de la responsabilité délictuelle a des échos et un grand nombre de partisans dans la doctrine française et égyptienne. En outre, dans la pratique, il semble que la théorie a été un grand succès, où l'on a trouvé un grand nombre de juges français et égyptiens qui ont adopté cette théorie pour fonder la responsabilité précontractuelle. Il convient de noter que la doctrine française et égyptienne adoptent majoritairement, presque unanimement, l'opinion selon laquelle la responsabilité précontractuelle est délictuelle ³⁸³. De même, la jurisprudence française et égyptienne se sont clairement prononcées en faveur de la responsabilité délictuelle. Il convient d'étudier dans un premier temps, la position doctrinale française et égyptienne (A), puis dans un second temps, la position jurisprudentielle française et égyptienne (B).

A : La position doctrinale française et égyptienne

161. En premier lieu, au niveau de la doctrine française, M. le professeur Könden appelle la responsabilité précontractuelle la fille illégitime du principe de faute délictuelle ³⁸⁴. Selon lui, la faute précontractuelle est sanctionnée sur le fondement de la responsabilité délictuelle. À en croire M. le professeur Le Tourneau « *la qualification de l'action née de la rupture des négociations ne devrait pas susciter d'hésitations. Le bon sens souffle qu'il s'agisse forcément de*

³⁸³ Philippe Le TOURNEAU, *La rupture des négociations*, op.cit., p.479 ; Voir aussi, Geneviève VINEY, Jacques GHESTIN (sous la dir.) *Introduction à la responsabilité*, 3^e éd., LGDJ, 2008 ; Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU, Yves-Marie SERINET, *La formation du contrat. tome 1: le contrat - le consentement*, op.cit., n° 519 ; Pierre MOUSSERON, *Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle*, op.cit., p.243 ; Voir également en droit égyptien, Abd El Razaq Al SANHOURI, *Al Waseet, La théorie générale de l'obligation, le contrat*, op.cit., p.261 ; Abd EL Baqi Abd AL-FATTAHA, *La théorie du contrat, étude comparative de la loi islamique*, op.cit., p.123 ; EL Mahdi Nazeh EL SADIQ, *L'engagement précontractuel de l'information*, op.cit., p.300 ; Mohamed Abdel Zaher HUSSEIN, *Les aspects juridiques de la phase précontractuelle*, op.cit., p.90.

³⁸⁴ KÖNDGEN Johannes, *Selbstbindung ohne Vertrag; Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln*, Tübingen 1981, p.84, cité par, Luiz Fernando KUYVEN, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international: Fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation*, op.cit., p.292.

la responsabilité délictuelle, puisque la faute, si elle existe, est nécessairement extracontractuelle, le contrat n'ayant pas été conclu, par hypothèse, de même que, symétriquement, la faute post-contractuelle engage la responsabilité délictuelle »³⁸⁵. En soutenant que, le devoir de la loyauté est donc susceptible de se manifester tout au long des négociations précontractuelles, le devoir de loyauté constitue une limite à la liberté des négociateurs qui ne peuvent en abuser, la responsabilité qui en résulterait, serait délictuelle³⁸⁶. Dans cette direction, selon Mme le professeur Schmidt la faute commise dans le cadre des négociations précontractuelles est précontractuelle, elle entraîne donc la responsabilité délictuelle de son auteur³⁸⁷. Mme le professeur Schmidt a affirmé que «*la sanction des fautes précontractuelles se révélant après la conclusion de l'accord ne s'identifie pas à la seule sanction de l'inobservation des conditions de formation prescrites par la loi* »³⁸⁸. Dans le même sens, Mme le professeur Fabre-Magnan estime également que la responsabilité précontractuelle, en règle générale, est délictuelle surtout en cas d'absence de tout accord de négociations entre les négociateurs³⁸⁹. Dès lors, dans l'hypothèse où aucun contrat de négociation n'a été préalablement conclu, la faute dans la rupture des négociations précontractuelles est de nature purement délictuelle³⁹⁰ et ne peut conduire qu'à des dommages-intérêts, et non à la conclusion du contrat. À en croire un autre auteur, même dans les hypothèses où le contrat a été conclu, il semble que la nature de cette responsabilité précontractuelle demeure délictuelle. Ceci parce que la faute précontractuelle, même si elle peut être dans certains cas à l'origine d'un vice de consentement, ne vise qu'à l'octroi de dommages et intérêts et influence,

³⁸⁵ Philippe Le TOURNEAU, *La rupture des négociations*, *op.cit.*, p.479.

³⁸⁶ Philippe Le TOURNEAU, Cyril BLOCH, André GIUDICELLI, Christophe GUETTIER, Jérôme JULIEN, Didier KRAJESKI, Matthieu POUMAREDE, *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, *op.cit.*, n° 3112.61, p.1127.

³⁸⁷ Joanna SCHMIDT, *La sanction de la faute précontractuelle*, *op.cit.*, p.62.

³⁸⁸ *Ibid.*, p.62.

³⁸⁹ Muriel FABRE-MAGNAN, *Essai d'une théorie de l'obligation d'information dans les contrats*, *op.cit.*, n° 281.

³⁹⁰ Joanna SCHMIDT, *La sanction de la faute précontractuelle*, *op.cit.*, p.46.

en principe, de façon déterminante, le consentement des parties³⁹¹. Enfin, Il convient de rappeler que M. le professeur Pierre Mousseron note que « *le critère d'affectation le plus pertinent est, en vérité le critère chronologique. La faute dommageable commise avant la conclusion du contrat négocié ou d'un accord de négociation préalable entraîne une responsabilité délictuelle ... et vice versa* »³⁹².

162. En deuxième lieu, au niveau de la doctrine égyptienne, il est également important de noter que la majorité de la doctrine égyptienne considère que la responsabilité précontractuelle est délictuelle. Dans ce contexte, Al Sanhoury a affirmé que la responsabilité précontractuelle encourue est de nature délictuelle, parce que la rupture n'est pas une faute en elle-même, mais la faute consisterait en la rupture brutale ou abusive des négociations précontractuelles. De ce fait, la rupture brutale des négociations précontractuelles peut être source de responsabilité précontractuelle³⁹³. Dans cette direction, M. le professeur El Ahwani a noté que les travaux préparatoires pour le contrat projeté pendant la période précontractuelle sont un genre de négociations qui sont selon lui des actes juridiques, donc la responsabilité, dans un tel cas et sans équivoque, est délictuelle³⁹⁴. Selon certains auteurs, on ne peut pas parler de la responsabilité contractuelle pendant la phase de négociations précontractuelles dans le cas de la non-conclusion du contrat projeté car, on ne peut forcer les négociateurs à conclure un contrat contre leur volonté, du fait qu'ils ne sont pas encore parties. Pourtant dans le cas d'une rupture abusive des négociations précontractuelles, cette rupture cause des dommages à l'autre négociateur, la responsabilité est

³⁹¹ Luiz Fernando KUYVEN, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : Fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation*, op.cit., p.103 ; Laurent LEVENEUR, *Rupture : la responsabilité délictuelle de son auteur suppose-t-elle une intention de nuire ? Contrats Concurrence Consommation*, n° 12, décembre 2000, p.174.

³⁹² Pierre MOUSSERON, *Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle*, op.cit., p.243.

³⁹³ Abd El Razaq Al SANHOURI, *Al Waseet, La théorie générale de l'obligation, Le contrat*, op.cit., p.207; Voir aussi dans le même sens, Mahmoud Jamal Al-Din ZAKI, *Les problèmes du responsabilité civile*, tome1, Dar Al Fakir Al Araby, Le Caire, 1998, p.140.

³⁹⁴ Hossam El Din EL AHWANI, *Les négociations pendant la période précontractuelle*, op.cit., n° 2, p.394.

incontestablement délictuelle³⁹⁵. Il faut signaler que la doctrine égyptienne estime que le fondement juridique de la responsabilité précontractuelle de l'auteur de la rupture abusive des négociations précontractuelles est présenté à l'article 163 du Code civil égyptien. Cet article a trouvé son fondement dans la théorie de l'abus du droit, son origine provenant de la loi islamique selon les enseignements du Prophète Mohamed « *ni dommage ni dommage réciproque* »³⁹⁶. Ces enseignements ont été traduits par les auteurs musulmans aux articles du Code civil de l'Empire ottoman (*Magallat Al Ahkam Al Adliyah*), d'après l'article 20 « *on doit mettre fin à tout ce qui peut causer un dommage* ». Cela signifie que, les principes généraux du droit islamique indemnisent également la victime de la rupture abusive au cours des négociations en se fondant sur la responsabilité délictuelle.

B : La position jurisprudentielle française et égyptienne

163. L'analyse de la jurisprudence permet de constater que la jurisprudence française considère de façon générale qu'il est bien souvent acceptable que lorsqu'une faute soit commise lors de la période précontractuelle, celle-ci soit sanctionnée par la responsabilité délictuelle sur le fondement de l'article 1240 du Code civil³⁹⁷. Dès ses premières décisions, la jurisprudence a clairement opté en faveur de la nature délictuelle de la responsabilité précontractuelle. La solution a été réaffirmée avec autorité par de récents arrêts de la Cour de cassation française. L'affirmation du principe de la responsabilité délictuelle a permis à la jurisprudence de préciser les conditions de sa mise en œuvre en matière précontractuelle³⁹⁸. Il est intéressant de rappeler l'arrêt fondateur de la jurisprudence française en la matière. La Cour de cassation française a annoncé le 20 mars 1972 qu'au cours de la phase de négociation, l'une

³⁹⁵ Hamoud Abd ELAZIZ, *Les aspects juridiques de la phase de négociation*, op.cit., p.87 ; Voir dans le même sens, Mohamed LOTFI, *La responsabilité civile dans la phase de négociation*, op.cit., 1998, p.68 ; Rajab Karim Abd ALLAH, *La négociation d'un contrat*, op.cit., p.617.

³⁹⁶ Alaa Mohamed RAMADAN, *L'abus du droit de brevet étude comparée de droit français et égyptien*, Thèse, Montpellier 1, 2012, n° 9, p.17.

³⁹⁷ Voir dans le même sens, Philippe STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat : Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000.

³⁹⁸ Joanna SCHMIDT, *La période précontractuelle en droit français*, op.cit., p.545-566.

des sociétés, par un appel téléphonique révélant la volonté de mettre fin à des négociations. La Cour d'appel a considéré que la multiplicité des réunions entre les négociateurs aurait pu suggérer un accord tacite de négociation générateur de différentes obligations contractuelles dont la méconnaissance aurait fondé la responsabilité contractuelle. Mais, la Cour de cassation a annoncé que la responsabilité dans cette affaire est délictuelle et s'y est refusée et a établi son arrêt au visa de l'article 1382³⁹⁹ du Code civil⁴⁰⁰. M. le professeur Mousseron rappelle une décision similaire de la Cour d'appel de Riom du 10 juin 1992, « *si la liberté est de principe dans le domaine des relations précontractuelles, y compris la liberté de rompre à tout moment les pourparlers. Il n'en est pas moins vrai que, lorsque ces derniers ont atteint en durée et en intensité un degré suffisant pour faire croire légitimement à une partie que l'autre est sur le point de conclure et, partant, pour l'inciter à certaines dépenses, la rupture est alors fautive, cause un préjudice et donne lieu à réparation* »⁴⁰¹, ensuite, suivie d'une série d'arrêts clairs de la Cour de cassation française a confirmé la nature délictuelle de la responsabilité précontractuelle⁴⁰².

³⁹⁹ Remplacé par l'article 1240 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

⁴⁰⁰ Cass. Com., 20 mai 1972, n° 70-14.154. ; Cass. civ. 1^{re} ch., civ., 14 juin 2000, RJDA, 2000, n° 949.

⁴⁰¹ Pierre MOUSSERON, *Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle*, op.cit., p. 262.

⁴⁰² Voir par exemple, Cass. Com., 4 octobre 1982, n° 80-16.177, bulletin des arrêts Cour de cassation chambre commerciale n° 287 ; Cass. Com., 7 janvier 1997, n° 94-21561, inédit ; Cass, 1^{re} ch., civ., 6 janvier 1998, n° 95-19.199, Bull.civ 1998 I n° 7 p.5 ; Cass. Com., 26 novembre 2003, n° 00-10.243 D. 2004. 869; RTD civ. 2004. 80, obs. Jacques MESTRE Bertrand FAGES, RDC 2004. 257, note Denis MAZEAUD; Cass. Com., 20 novembre 2007, n° 06-20.332, inédit; Cass. Com., 18 septembre 2012, n° 11-19.629, Bull.civ 2012, IV, n° 163; Cass.Com., 10 novembre 2015, n° 14-18.844, inédit; Cass. Com., 16 février 2016, n° 13-28.448, inédit; Cass, 3^e ch.civ., 21 décembre 2017, n° 16-26.530; Cass. Com., 7 mars 2018, n° 16-25.654; Cass, 3^e ch., civ., 31 mai 2018, n° 17-17.539.

164. De même, la position de la jurisprudence en Égypte a déclaré sans équivoque que, la responsabilité précontractuelle est délictuelle⁴⁰³. Il est à noter que la majorité des arrêts des tribunaux égyptiens sont en faveur de la condamnation l'auteur de la rupture des négociations précontractuelles. Dans ce contexte, la Cour de cassation égyptienne souligne que la responsabilité encourue pour une faute éventuellement commise pendant la période de négociations précontractuelles est une responsabilité de nature délictuelle. Les tribunaux égyptiens ont sanctionné de plus en plus sévèrement la rupture des négociations précontractuelles surtout dans le cas de l'existence d'une rupture de manière abusive. Selon la jurisprudence égyptienne la responsabilité précontractuelle suppose souvent un abus dans l'exercice du droit de rompre les négociations précontractuelles qui constitue une faute au sens de l'article 163 du Code civil. Pourtant la jurisprudence égyptienne dans les arrêts récents de la Cour de cassation, a limitée l'étendue des dommages et intérêts pour la victime, afin de garantir la sécurité juridique et l'équilibre des relations précontractuelles⁴⁰⁴. Enfin, par comparaison de la jurisprudence dans les deux pays, il y a en vérité fort peu d'affaires relatives de rupture soumises aux tribunaux égyptiens par rapport au nombre immense des tribunaux français, en raison de l'absence de textes juridiques. Mais de toute façon, la jurisprudence française et égyptienne s'est montrée favorable à une prise en charge complète et à une large compensation de la victime de la rupture abusive des négociations précontractuelles en se fondant sur la responsabilité délictuelle. Néanmoins, certains auteurs pensent que la responsabilité précontractuelle a une nature mixte.

⁴⁰³ Cass. civ., 09 février 1967, n° 18-52, publié dans le bulletin des arrêts de la Cour de cassation égyptienne, p.324 ; Voir aussi, Cass. civ., 28 Mars 1968, n° 19-95, publié dans le bulletin des arrêts de la Cour de cassation égyptienne, p.642 ; Cass. civ., 09 Décembre 1975, n° 26-229, publié dans le bulletin des arrêts de la Cour de cassation égyptienne, p.1593 ; Cass. civ., 28 Avril 1983, n° 34, publié dans le bulletin des arrêts de la Cour de cassation égyptienne, p.1096.

⁴⁰⁴ Cass. civ., 21 février 1996, n° 57, publié dans le bulletin des arrêts de la Cour de cassation égyptienne, p.685.

§2 : Les autres tendances pour qualifier la responsabilité précontractuelle

165. Il y a d'autres tendances qui ont tenté de déterminer la nature de la responsabilité précontractuelle sur une autre base en dehors du cadre classique de la théorie contractuelle et la théorie délictuelle. Par conséquent, il est utile d'examiner d'abord cette tendance, la théorie mixte pour qualifier la responsabilité précontractuelle (A). Avant de conclure par notre point de vue sur ce sujet, la tendance choisie sur la nature de la responsabilité précontractuelle (B).

A : La théorie mixte pour qualifier la responsabilité précontractuelle

166. Contrairement à l'analyse traditionnelle, certains auteurs estiment que la responsabilité précontractuelle se trouve à mi-chemin entre la responsabilité délictuelle et contractuelle. Ils ne croient pas que les deux théories conviennent à la nature de la période précontractuelle, ni la responsabilité contractuelle telle que proposée par la doctrine allemande ni la responsabilité délictuelle telle que proposée par la doctrine française et égyptienne. Selon eux, la responsabilité précontractuelle a une nature spécifique ne pourrait pas être encadrée ni dans la catégorie contractuelle ni dans la catégorie délictuelle⁴⁰⁵, parce qu'il y a une relation particulière établie entre les pré-contractants pendant la phase de négociation, ils ne sont pas totalement étrangers l'un de l'autre, en même temps ils ne sont pas totalement contractants. Cette tendance postule que la responsabilité est donc, selon le cas, contractuelle ou délictuelle. Elle varie selon les conditions, les circonstances et les documents précontractuels échangés entre les négociateurs. L'un des meilleurs exemples qui illustre la double nature de la responsabilité précontractuelle est celui proposant de qualifier la période précontractuelle par l'aboutissement ou non de document précontractuel entre les pré-contractants. Dès lors, si une faute précontractuelle est commise pendant la formation du contrat projeté et que celui-ci est avorté, la nature de la responsabilité est délictuelle. Pourtant, si un contrat est finalement intervenu malgré une faute lors des négociations, celle-ci devra être jugée selon les règles de

⁴⁰⁵ Eddy LAMAZEROLLES, *Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente*, LGDJ, 2003, p.153 et s.

la responsabilité contractuelle⁴⁰⁶. Dans le même sens, certains auteurs notent que, la qualification juridique de la responsabilité précontractuelle dépend de l'incidence que la faute précontractuelle commise a eue sur le consentement des pré-contractants ou sur l'exécution du contrat proposé. Si la faute précontractuelle a vicié le consentement, la nature de celle-ci est délictuelle, mais si elle a plutôt eu un impact sur l'exécution du contrat proposé, celle-ci est de nature contractuelle. Comme M. le professeur Mousseron l'a fort justement remarqué, cette théorie n'est pas toujours aussi simple à appliquer. Par exemple, dans le cas de rupture abusive des négociations précontractuelles où étant donné qu'aucun contrat n'a été conclu, il est difficile de savoir si la faute précontractuelle a influencé le consentement ou l'exécution du contrat proposé⁴⁰⁷.

167. Il est en effet assez aisé de remarquer que cette théorie n'a pas été largement acceptée de la doctrine française et égyptienne. Sont minoritaires ceux qui admettent cette troisième voie mixte⁴⁰⁸. Cette théorie est vraiment fragile puisqu'elle n'a pas de réglementation, pas de fondement juridique et elle n'apporte aucun élément nouveau. De plus, cette théorie a conduit au manque de stabilité juridique pour les relations précontractuelles, parce que la théorie peut apporter des confusions supplémentaires quant au moment où les négociations passent de la nature délictuelle à la nature contractuelle⁴⁰⁹. En effet, d'un point de vue plus pratique, la pratique jurisprudentielle a toujours recours aux dispositions originaires soit de la responsabilité contractuelle, soit de la responsabilité délictuelle. Selon certains auteurs, cette théorie se montre inutile, les types traditionnels de responsabilité civile étant suffisants pour intégrer les nouveaux développements du droit dans la matière⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ Pierre MOUSSERON, *Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle*, op.cit., p.243.

⁴⁰⁷ Valérie BLANC, *La responsabilité précontractuelle*, op.cit., p.15.

⁴⁰⁸ Mélanie PAINCHAUX, *La qualification sui generis : l'inqualifiable peut-il devenir catégorie ?* RDC, 2004, p.1567.

⁴⁰⁹ Georges ROUHETTE, *Principes du droit européen du contrat*, Paris, Société de législation comparée, 2003, p.152.

⁴¹⁰ Luiz Fernando KUYVEN, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : Fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation*, op.cit., p.107.

B : La tendance choisie sur la nature de la responsabilité précontractuelle

168. Après avoir examiné les trois théories qui ont essayé de déterminer la nature de la responsabilité précontractuelle, il convient de signaler qu'il est nécessaire de choisir la théorie dont on croit qu'elle est exacte et la plus appropriée à la nature de la période précontractuelle. Il peut sembler déraisonnable de traiter la nature de la responsabilité précontractuelle sans examiner la position de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

169. D'une part, il convient de rappeler que le projet d'ordonnance de 2015 à l'article 1111 dispose que « *l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres ; ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi ; la conduite ou la rupture fautive de ces négociations oblige son auteur à réparation sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle ; les dommages et intérêts ne peuvent avoir pour objet de compenser la perte des bénéfices attendus du contrat non conclu* ». Il apparaît clairement que, le projet d'ordonnance adopte dans l'alinéa 2 de cet article, la solution doctrinale et jurisprudentielle classique de la responsabilité délictuelle pour conduite ou rupture fautive des négociations. Le projet d'ordonnance a le mérite d'énoncer expressément le fondement extracontractuel de la responsabilité précontractuelle⁴¹¹.

170. D'autre part, l'ordonnance de 2016 dans son article 1112 précise que « *l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi ; en cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages* »⁴¹². Selon certains auteurs, l'article 1112 alinéa 2, expose les modalités de la responsabilité précontractuelle bien que ce dernier article ne précise pas la nature de la

⁴¹¹ Nicolas DAMAS, (dir.) Philippe CHAUVIRÉ, *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Journée nationale, tome XX, Nancy, Association Henri Capitant, Dalloz, 2016, p.18.

⁴¹² Modifié par loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 - art.3.

responsabilité encourue, la responsabilité selon eux est extracontractuelle. D'après eux, cela est normal et pas surprenant, parce que la solution classique, en droit et dans la jurisprudence française, était le principe de la responsabilité extracontractuelle en cas de faute commise à l'occasion de la rupture des négociations précontractuelles. Egalement selon eux, le silence du législateur français à propos de la nature de la responsabilité peut être justifié en affirmant que *« le droit français demeurant fidèle à une conception de la formation du contrat comme un point dans le temps, une coupure entre deux phases de natures radicalement différentes. Il faudra donc apprécier le moment où survient la faute invoquée, lors de l'initiative, du déroulement ou de la rupture, pour apprécier le caractère contractuel ou extracontractuel de la responsabilité »*⁴¹³. Dans le même contexte, selon d'autres auteurs *« l'article 1112 ne dit rien du fondement de la responsabilité encourue par l'auteur de la rupture. Néanmoins ce silence ne vaut certainement pas approbation de la théorie de la culpa in contrahendo, car cela fait assez longtemps qu'une jurisprudence unanime retient qu'avant la conclusion du contrat la responsabilité ne peut qu'être extracontractuelle. Une autre considération l'explique : en se taisant sur la nature de la responsabilité, le texte laisse ouverte la porte aux aménagements contractuels propres à régir les effets d'une faute commise lors de la période des négociations. Des aménagements de toutes sortes sont donc possibles, sauf sur un point : les négociateurs ne pourront revenir sur les exigences de bonne foi qui s'imposent impérativement »*⁴¹⁴. D'après eux, c'est assez logiquement qu'avant la conclusion d'un contrat, la responsabilité ne pouvait qu'être extracontractuelle. Ceci qu'affirme désormais nettement l'article 112.

171. Avec d'autres auteurs, on relèvera que M. le professeur Douville souligne avec justesse que, on peut estimer qu'il s'agit de la mise en jeu de la responsabilité délictuelle du fautif, mais cela n'est pas explicitement prévu par

⁴¹³ Gaël CHANTEPIE, Mathias LATINA, *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 176, p.145.

⁴¹⁴ Nicolas DISSAUX, Christophe JAMIN, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : rendu public le 25 février 2015 : commentaire article par article*, Dalloz, 2016, p.15 et s.

l'article 1112⁴¹⁵. À la lecture de cet article dans le silence du législateur, il semble que la question concernant la nature de la responsabilité précontractuelle ne semble pas avoir été abordée, une telle omission est surprenante ! Qu'est ce qui empêche le législateur de ne pas préciser explicitement la nature de la responsabilité, comme c'est le cas dans le projet d'ordonnance qui utilisait à cet égard une formulation beaucoup plus claire, à l'article 1111 qui dispose que « *la conduite ou la rupture fautive de ces négociations oblige son auteur à réparation sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle (...)* ». On peut déplorer que l'ordonnance n'ait pas confirmé cette formulation afin de résoudre le conflit doctrinal.

172. À la lumière de ce qui précède, il semble donc possible de conclure que la responsabilité précontractuelle est extracontractuelle. Bien que le législateur français n'ait pas précisé explicitement la nature de la responsabilité précontractuelle dans l'ordonnance de 2016, la volonté des rédacteurs de l'ordonnance est apparue de manière claire dans le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance. Ce rapport a déclaré que « *cette responsabilité sera en principe de nature extracontractuelle, sauf aménagement conventionnel de cette phase de négociation et de sa rupture* »⁴¹⁶. Enfin, on peut affirmer que la responsabilité précontractuelle est délictuelle selon l'article 1240, l'article 1112 alinéa 1 Code civil français et l'article 163 du Code civil égyptien. Après avoir confirmé que la responsabilité précontractuelle est une responsabilité délictuelle, la question qui découle donc est : quel est le fondement juridique de cette responsabilité ?

⁴¹⁵ Thibault DOUVILLE (dir.) Collectif, *La réforme du droit des contrats. Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op.cite., p.51.

⁴¹⁶ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, p.6.

Section 2 : La discussion doctrinale et jurisprudentielle sur le fondement juridique de la responsabilité précontractuelle

173. Aujourd'hui dans la plupart des systèmes juridiques et bien évidemment en France comme en Égypte, il est admis que la rupture des négociations précontractuelles dans la période précontractuelle peut être à l'origine de la responsabilité précontractuelle. Pourtant, le fondement de cette responsabilité est encore l'objet d'un fort débat dans les ouvrages et aux tribunaux, parce que la responsabilité précontractuelle continue à se placer dans une zone de tension entre la liberté contractuelle et la sécurité juridique. Donc, la quête du fondement de la responsabilité précontractuelle en droit français et en droit égyptien a consisté à trouver plusieurs théories qui se sont développées. Comme la théorie de la confiance légitime, la théorie de l'abus de droit et enfin de la théorie de la bonne foi, pouvant confirmer l'importance du développement de ces théories dans la pratique. En tout cas, chaque théorie avait la prétention de devenir l'unique et seule explication pour la responsabilité précontractuelle. C'est pourquoi il est utile d'étudier la confiance légitime précontractuelle comme un fondement de la responsabilité précontractuelle (Sous-section 1). Et par la suite l'abus de droit et la bonne foi comme des fondements de la responsabilité précontractuelle (Sous-section 2).

Sous-section 1 : La confiance légitime précontractuelle comme un fondement de la responsabilité précontractuelle

174. Tout d'abord, il convient de rappeler que certains auteurs des pays de droit civil croient que la responsabilité précontractuelle se fondait sur la confiance légitime. Mais on n'a pas trouvé un écho de cette tendance dans la doctrine égyptienne. Pourtant il est utile d'explorer cette tendance, pour examiner tous les points de vue qui ont discuté le fondement de la responsabilité précontractuelle, afin de déterminer le vrai fondement de cette dernière. Il est bien connu que la théorie de la confiance joue un rôle important dans le droit des contrats, ce qui a conduit certains auteurs à croire à l'extension de cette théorie lors d'une phase de négociations. Ceci est traduit par l'apparition de la confiance légitime précontractuelle qui a été étroitement associée à l'estoppel. Il semble donc approprié d'étudier l'évolution de la confiance légitime précontractuelle

(§1). Puis, l'estoppel comme essence de la confiance légitime précontractuelle (§2).

§1: L'évolution de la confiance légitime précontractuelle

175. D'abord, on comprend bien que, la consécration du concept de confiance légitime pourra se faire en France par le principe de cohérence et l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, qui sont les corollaires du principe de la confiance légitime⁴¹⁷. Le concept de confiance légitime apparaît en droit privé français la première fois à l'occasion d'une étude doctrinale effectuée sur la responsabilité par Emmanuel Lévy⁴¹⁸ qui se réclamait des idées socialistes selon lesquelles la liberté cède totalement la place à la confiance⁴¹⁹. À en croire Lévy, la confiance est un concept central dans la théorie du contrat, et il a soutenu qu'elle permettrait d'expliquer l'essentiel du droit du contrat. Selon lui, la volonté contractuelle est l'acte de confiance légitime entre le créancier et le débiteur⁴²⁰.

176. À la lumière de ce qui précède, Lévy estime que la confiance légitime est la source de la responsabilité précontractuelle et pour lui c'est l'occasion de présenter une théorie du contrat entièrement fondée sur cette idée. Il a également reconnu que la fonction primordiale de la responsabilité précontractuelle est un moyen de protéger la confiance légitime précontractuelle des négociateurs⁴²¹. De même, il ne faut pas oublier que l'élaboration dogmatique de la confiance s'est développée notamment en Allemagne, et a trouvé son sommet sous les travaux de Canaris. D'après lui « *l'entrée en pourparlers mène à*

⁴¹⁷ Dimitri HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Thèse, Paris 11, 2000, n° 9.

⁴¹⁸ Jean BILLEMONT, *Le contrat dans la pensée d'Emmanuel LEVY*, Thèse, université de Lille 2, 2003, p.27.

⁴¹⁹ Emmanuel LEVY, *La confiance légitime*, RTDC, 1910, p.717, cité par Luiz Fernando KUYVEN, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international: Fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation*, op.cit., p.376.

⁴²⁰ Luiz Fernando KUYVEN, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : Fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation*, op.cit., p.407.

⁴²¹ Jean BILLEMONT, *Le contrat dans la pensée d'Emmanuel LEVY*, op.cit., p.29.

un rapport plus étroit entre les parties, il s'agirait d'un rapport de confiance »⁴²². Cela a conduit l'approche moderne à estimer que la confiance légitime est le fondement de la responsabilité précontractuelle. Par exemple, M. Kuyven dans sa thèse affirme que « la responsabilité précontractuelle est basée sur la confiance légitime. Pour que la confiance soit réparée, il faudrait que la victime ait réalisé une action ou omission qu'elle n'aurait pas réalisé si l'autre partie n'avait pas violé sa confiance légitime. Il faudrait alors que l'autre partie ait induit la victime, par la violation de la confiance, à changer son comportement et à agir en fonction de la confiance créée »⁴²³. M. Kuyven a également déclaré que, la pierre angulaire de cette théorie repose sur la nécessaire relation spéciale de confiance des négociateurs. Une fois que les pourparlers commencent entre les négociateurs, il faut imposer ce rapport d'obligation à ses derniers, qu'il s'agit d'un succès ou d'un échec de leurs négociations. Dans un tel cas, susciter la confiance chez l'autre négociateur est source d'obligations précontractuelles⁴²⁴. En outre, selon M. Kuyven, tous les systèmes juridiques nationaux protègent la confiance légitime. « Cette protection pourra être objectivée à la lumière des exigences d'ordre pratique comme la stabilité, la continuité, la fiabilité et la cohérence du comportement. Qu'il s'agisse dans tous les systèmes juridiques se basent sur la protection de la confiance légitime pour discipliner la responsabilité précontractuelle »⁴²⁵. Dans le même contexte, un autre auteur estime que le fondement de la responsabilité précontractuelle serait donc l'intention de vouloir créer une confiance légitime à la conclusion du contrat afin de tromper le cocontractant et une fois cette confiance gagnée, rompre les négociations précontractuelles⁴²⁶. Ainsi, M. le professeur Mazeaud a affirmé que « le concept de confiance légitime est exploité pour tempérer le principe de liberté précontractuelle qui domine la phase de négociation du contrat, en vertu duquel pas plus que son déroulement, la rupture d'une négociation ne peut être source de

⁴²² Luiz Fernando KUYVEN, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : Fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation*, op.cit., p.376.

⁴²³ Ibid., p.414.

⁴²⁴ Ibid., p.397.

⁴²⁵ Ibid., p.382.

⁴²⁶ Betty Mercedes MARTINEZ-CARDENAS, *La responsabilité précontractuelle, étude comparative des régimes colombien et français*, Thèse, Paris 2, 2013, p.292.

responsabilité pour celui des négociateurs qui en prend l'initiative »⁴²⁷. Il convient de souligner que, la confiance légitime précontractuelle vise donc à protéger la période de négociations précontractuelles, laquelle a été créée par l'un des négociateurs dans la correction du comportement de l'autre, c'est-à-dire protéger les attentes et les ambitions créées tout au long des négociations précontractuelles. Il apparaît clairement que la confiance représente un élément pour analyser les comportements des négociateurs, elle prend en compte chaque négociateur par ses déclarations, ses promesses ou son comportement, clairs et non équivoques, un négociateur conduit un autre à agir à son détriment en raison de la confiance légitime qui en résulte pour elle, le premier ne peut se contredire en adoptant un comportement préjudiciable au second, incompatible avec ses déclarations ou son comportement initial⁴²⁸.

177. Effectivement, l'étude de la jurisprudence française montre que cette dernière a été influencée par le principe de la confiance légitime dans certains arrêts. Par exemple, dans l'arrêt célèbre de Manoukian⁴²⁹, la Cour de cassation a considéré que la confiance légitime est critère pour mesurer la gravité de la faute dans la rupture des négociations. Dans le même ordre, dans plusieurs arrêts, la Cour de cassation a décidé qu' *« en raison de sa durée, de son état d'avancement et des coûts qu'elle a suscité, la négociation d'un contrat a engendré, dans l'esprit d'un des négociateurs, une confiance légitime dans la conclusion du contrat négocié, sa rupture brutale et imprévisible emporte la responsabilité délictuelle du négociateur versatile, dont le comportement incohérent doit être sanctionné »*⁴³⁰. Ainsi, la cour de Riom a jugé que *« si la liberté est le principe dans le domaine des relations précontractuelles, y compris*

⁴²⁷ Denis MAZEAUD, *La confiance légitime et l'estoppel*, R.I.D.C, V. 58, n° 2, 2006, p.367.

⁴²⁸ Luiz Fernando KUYVEN, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international: Fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation*, op.cit., p.385; V aussi, Marie-Emma BOURSIER, *Le principe de la loyauté en droit processuel*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2003.

⁴²⁹ Cass. Com., 26 Novembre. 2003, n° 00-10243 00-10949, Bulletin 2003 IV n° 186 p.206 ; D. 2004. 869 ; RTD civ. 2004. 80, obs. Jaques MESTRE, Bertrand FAGES, RDC 2004. 257, note Denis MAZEAUD.

⁴³⁰ Denis MAZEAUD, *La confiance légitime et l'estoppel*, op.cit., p.367.

la liberté de rompre à tout moment les pourparlers, il n'en est pas moins vrai que lorsque ces derniers ont atteint en durée et en intensité un degré suffisant pour faire croire légitimement à une partie que l'autre est sur le point de conclure et, partant, pour inciter à certaines dépenses, la rupture est alors fautive »⁴³¹. Cela conduit à la question suivante : quel est l'essence de cette confiance légitime précontractuelle ?

§2 : L'estoppel comme essence de la confiance légitime précontractuelle

178. Tout d'abord, on peut définir l'estoppel de manière générale comme *« un mécanisme complexe du droit anglo-américain, qui permet de sanctionner le comportement par lequel un plaideur ou un cocontractant se contredit au détriment d'autrui »⁴³². De ce fait, il semble que le principe de l'estoppel vise à sanctionner un pré-contractant qui, par son comportement contradictoire, a trompé la confiance légitime de l'autre pré-contractant. Ainsi, l'estoppel⁴³³ est un mécanisme et principe général du droit du commerce international et de l'arbitrage international, qui a dépassé les frontières des différents ordres juridiques, droits anglais, américain et australien pour les pays de Common Law et droits allemand et espagnol pour les systèmes de droit civil⁴³⁴. Ce mécanisme est allé jusqu'à exercer son influence sur le droit français, un système civiliste que l'on oppose traditionnellement à la Common Law. En ce qui concerne la position doctrinale sur cette question, M. Kuyven a affirmé que la théorie de la confiance légitime précontractuelle *« repose toute entière sur l'idée fondamentale selon laquelle l'estoppel ne vient pas protéger la confiance dans sa dimension éminemment subjective, car celle-ci ne relève pas de l'ordre du droit. L'estoppel**

⁴³¹ CA. Riom., 10 juin 1992, RTD civ. 1993, p.343, obs. Jacques MESTRE.

⁴³² Camille MARECHAL, *L'estoppel à la française consacré par la Cour de cassation comme principe général du droit*, Recueil Dalloz, 2012, p.167.

⁴³³ Il convient de signaler que la Cour de cassation française définit ainsi l'estoppel dans un arrêt du 3 février 2010 n° 08-21.288 comme *« un changement de position, en droit, de nature à induire en erreur sur ses intentions »*.

⁴³⁴ Philippe PINSOLLE, *Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international*, JDI, 1998, p.905, et revue arbitrale, 2005, p.993.

*ne protège la confiance que lorsqu'elle est légitime »*⁴³⁵. Dans le même sens, un autre auteur note que la faute précontractuelle, qui consiste à développer des négociations longs et coûteux pour ne pas aboutir à la conclusion du contrat projeté, serait appréciée en fonction de la confiance légitime observée à la lumière du comportement de l'autre négociateur, et sanctionnée au titre de l'estoppel⁴³⁶.

179. L'étude de la jurisprudence française sur la question révèle en effet, que l'estoppel est apparu en France pour la première fois de manière expresse par un arrêt de la première chambre civile de 2005 de la Cour de cassation⁴³⁷ en introduisant le concept de l'estoppel dans l'ordre juridique français⁴³⁸. À dire vrai, la jurisprudence française est en effet assez sensible au principe de l'estoppel. Par conséquent, certains arrêts ont tenté de restreindre le champ d'application de ce principe par exemple, dans un arrêt d'assemblée plénière, la Cour de cassation a cassé un arrêt des juges du fond, au motif qu'« *en application du principe d'estoppel, à reprocher au tribunal arbitral d'avoir statué en dehors des limites de la mission qui lui était confiée* »⁴³⁹. Il faut noter que selon la doctrine qui a analysé cet arrêt, il manifeste la volonté de la Cour de l'objection d'étendre le champ d'application du principe d'estoppel, arguant que l'estoppel est « *un concept international, qui possède une vie propre, libéré des particularismes et carcans du droit anglais, son lointain ancêtre, détaché de tout ordre juridique*

⁴³⁵ Luiz Fernando KUYVEN, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international: Fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation*, op.cit., p.383; Voir aussi, MARIE CHRISTINE CAUCHY PSAUME, *L'estoppel by representation, Étude comparative de droit privé français et anglais*, Thèse, Paris 11, 1999.

⁴³⁶ Grégoire MERCIER, *L'estoppel en droit des contrats*, Mémoire, université de Montpellier I, 2011, p.59.

⁴³⁷ Cass. 1^{re} ch. civ., 6 juillet 2005, n° 01-15.912, publié au bulletin 2005, n° 302, p.252.

⁴³⁸ Dans cette affaire, la Cour de cassation a considéré que « *c'est à juste titre qu'une cour d'appel décide qu'une partie, qui a formé une demande d'arbitrage devant un tribunal institué en vue de régler les différends entre deux pays et qui a participé sans aucune réserve pendant plus de neuf ans à la procédure arbitrale, est irrecevable, en vertu de la règle de l'estoppel, à soutenir, par un moyen contraire, que cette juridiction a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle, faute de convention qui lui soit applicable* ».

⁴³⁹ Cass. 1^{re} ch. civ., 3 février 2010, n° 08-21.288.

national, comme pourrait l'être l'arbitrage commercial international »⁴⁴⁰. Dans le même contexte, Mme le professeur Fauvarque-Cosson a remarqué deux raisons expliquant l'impossibilité d'exporter l'estoppel du droit anglais « tout d'abord, il n'y a pas un concept d'estoppel mais de nombreuses doctrines ; d'autre part, parmi celles-ci, la doctrine conquérante du promissory estoppel est enfermée dans de nombreuses limites, en grande part destinées à préserver cette spécificité du droit anglais des contrats : l'exigence d'une considération »⁴⁴¹. Il est donc possible de parler d'une reconnaissance limitée, à la fois dans l'ampleur de son application, puisque c'est un estoppel purement défensif auquel se réfère la Cour de cassation, mais aussi limitée à un domaine précis, celui de l'arbitrage⁴⁴², et non pas à l'ensemble du droit des contrats⁴⁴³. Il convient de noter que la doctrine égyptienne a traité le principe de l'estoppel dans l'arbitrage commercial et on en trouve aucune mention en droit de contrat⁴⁴⁴.

180. Au vu des développements qui précèdent, on peut affirmer que d'une part la théorie de la confiance légitime précontractuelle n'a toutefois pas rencontré une grande audience⁴⁴⁵ et a été critiquée par la majorité des auteurs notamment en ce qu'elle tend à créer « un monde d'illusions »⁴⁴⁶. Ainsi,

⁴⁴⁰ Olivier MORÉTEAU, *L'estoppel et la protection de la confiance légitime : éléments d'un renouveau du droit de la responsabilité : droit anglais et droit français*, Thèse, Lyon 3, 1990, p.641.

⁴⁴¹ Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, *L'estoppel concept étrange et pénétrant*, RDC, 1 octobre, 2006, n°4, p.1279. Pour plus de détails voir, Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, (dir) *La confiance légitime et l'estoppel*, coll., Droit privé comparé et européen, RIDC, 2007, V. 59 n°4 p.952.

⁴⁴² Éric LOQUIN, *La consécration de l'estoppel par le droit français de l'arbitrage*, RTD Com., 2006, p.309.

⁴⁴³ Grégoire MERCIER, *L'estoppel en droit des contrats*, op.cit., p.45.

⁴⁴⁴ Voir dans la doctrine égyptienne, Hafizza AL-HADAD, *Les contrats entre le État et les personnes morales étrangères*, Halabi publications juridiques, Beyrouth, 2003 ; Moustafa EL GAMAAL, Okasha ABD EL-AAL, *L'arbitrage dans les relations internationales et nationales*, Halabi publications juridiques, Beyrouth, 1998.

⁴⁴⁵ Paul ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Sirey, Paris, 1951, 2^e éd, p.174, cité par Luiz Fernando KUYVEN, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : Fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation*, op.cit., p.387.

⁴⁴⁶ Georges RIPERT, *Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy*, Revue critique de législation et

l'application du principe de confiance légitime serait imprécise et provoquerait l'impossibilité de déterminer précisément les contours de la responsabilité précontractuelle. En fait, il peut être confirmé que la confiance serait simplement une fonction générale du droit civil, elle ne peut pas être considérée comme un fondement de la responsabilité précontractuelle⁴⁴⁷. D'autre part, l'estoppel n'est pas un mécanisme ou un fondement de la responsabilité mais une sorte de fin de non-recevoir, qui interdit à l'auteur d'une promesse de revenir sur celle-ci. En conséquence, il faut chercher un autre fondement qui pourrait être un fondement de la responsabilité précontractuelle, ce qui mène à traiter l'abus de droit et la bonne foi.

Sous-section 2 : L'abus de droit et la bonne foi comme des fondements de la responsabilité précontractuelle

181. Sans aucun doute, parmi les théories et les principes du droit civil français et égyptien, les plus importants sont l'abus de droit et la bonne foi, en raison du rôle essentiel et indispensable qu'ils jouent en droit du contrat. Bien sûr, l'objectif n'est pas l'étude approfondie de ces théories, mais d'examiner comment la doctrine et la jurisprudence française et égyptienne entendent ces théories pendant la phase précontractuelle. D'ailleurs, on peut noter que les fondements de la responsabilité précontractuelle avancés pour justifier la sanction de la faute précontractuelle ont évolués dans les systèmes juridiques français et égyptiens ces dernières années. De ce fait, si l'abus de droit est l'idée centrale qui a permis le développement de la responsabilité précontractuelle, cette conception de l'abus de droit du contrat ne permet plus, à elle seule, d'expliquer le fondement de la responsabilité précontractuelle. Ce qui amène la tendance moderne à croire que la bonne foi est le fondement de la responsabilité précontractuelle. Il convient d'étudier l'abus de droit comme fondement de la responsabilité précontractuelle

de jurisprudence, 1928, p.26, cité par Luiz Fernando KUYVEN, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : Fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation*, op.cit., p.387.

⁴⁴⁷ Luiz Fernando KUYVEN, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : Fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation*, op.cit., p.404.

(§1). Avant de s'intéresser à la bonne foi précontractuelle comme fondement de la responsabilité précontractuelle (§2).

§1 : L'abus de droit comme un fondement de la responsabilité précontractuelle

182. Tout d'abord, l'abus de droit se définit selon Cornu comme « *faut qui consiste à exercer son droit sans intérêt pour soi-même et dans le seul dessein de nuire à autrui* »⁴⁴⁸. La doctrine classique du contrat en France comme en Égypte postule que, chaque personne titulaire d'un droit est complètement libre de l'exercer⁴⁴⁹. Mais, cela ne signifie pas que ce droit est absolu et sans aucune limite. Ainsi, pour les classiques, la responsabilité commence lorsque les limites du droit ont été dépassées d'où l'adage : « *le droit cesse là où la nuit commence* »⁴⁵⁰. Dès lors, l'exercice du droit ou de la liberté ne doit pas être abusif, ni excessif⁴⁵¹. Cette hypothèse était la raison principale de l'apparition de la théorie de l'abus de droit afin de ne pas abuser dans l'exercice des droits⁴⁵².

⁴⁴⁸ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique, op.cit.*, p.7 ; Voir aussi, Mireille BACACHE–GIBEILI, *Les obligations : la responsabilité civile extracontractuelle*, tome 5, 3^e éd, Economica, 2016, p.165.

⁴⁴⁹ Pour plus de détails sur cette théorie dans la doctrine égyptienne voir, Abd El Razaq Al SANHOURI, *Al Waseet, La théorie générale de l'obligation, le contrat, op.cit.*, p.117 ; Abd EL Baqi Abd AL-FATTAHA, *La théorie du contrat, Étude comparative de la loi islamique, op.cit.*, p.123 ; Mahmoud Jamal AL-Din ZAKI, *Les problèmes de la responsabilité civil, op.cit.*, p.153 ; Shawqi EL SAÏD, *L'abus de droit, la nature et les critères dans la doctrine et la jurisprudence*, Dar EL SHOROUK, 2008 ; Mustafa Al-AWAJI, *Le droit civil, le contrat*, tome1, 3^e éd, le centre arabe des publications, Beyrouth, 2003 ; Soliman MORCOS, *Al Wafi (L'explication détaillée) Pour expliquer l'droit civil, La théorie générale des obligations, op.cit.*, 1998.

⁴⁵⁰ Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 2, 11^e éd, LGDJ, Paris, 1931, n° 871, p.312.

⁴⁵¹ Paul GROSSER, *La négociation dans l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, A.J Contrats d'affaires, Concurrence, Distribution, Dalloz, juin 2016, n°6, p. 270.

⁴⁵² On estime qu'il est préférable de ne pas entrer dans les détails de la controverse doctrinale française et égyptienne autour de la notion d'abus de droit, parce que la question la plus importante parce ici est d'aborder la question de l'extension de cette théorie comme un fondement de la responsabilité précontractuelle. En premier lieu, la théorie du Doyen Josserand pour qui, l'abus de droit consiste en un détournement du droit de sa fonction sociale. En deuxième lieu, la théorie du Doyen Ripert qui repose sur le critère de l'intention de nuire.

L'abus de droit est une théorie d'origine jurisprudentielle⁴⁵³ en France et en Égypte, selon laquelle « *est constitutif d'une faute pouvant donner lieu à réparation civile dans les conditions du droit commun, le fait, pour le titulaire d'un droit, de le mettre en œuvre soit de manière anormale, en dehors de sa finalité, soit dans le seul but de nuire à autrui* »⁴⁵⁴. Dans ce contexte, il faut préciser que le législateur égyptien a codifié la théorie de l'abus du droit à l'article 4 et 5 du Code civil qui disposent à l'article 4 que « *celui qui exerce légitimement son droit n'est point responsable du préjudice qui en résulte* ». Et l'article 5 qui a déclaré les cas qui ont été considérés comme des abus du droit : « *l'exercice du droit est considéré comme illégitime dans les cas suivants : a) S'il a lieu dans le seul but de nuire à autrui ; b) S'il tend à la satisfaction d'un intérêt dont l'importance est minime par rapport au préjudice qui en résulte pour autrui ; c) S'il tend à la satisfaction d'un intérêt illicite* ». Il convient de noter que ces cas mentionnés par le législateur, par exemple, mais sans s'y limiter.

183. Certain nombre d'auteurs en France et en Égypte sont partisans de la prolongation de la théorie de l'abus de droit pendant l'exercice du droit de rupture des négociations précontractuelles en affirmant que chaque négociateur a le droit de commencer, d'engager des négociations précontractuelles et de rompre les négociations précontractuelles⁴⁵⁵. Dans ce cas, les conditions de rupture des négociations peuvent être fautives et entraîner des réparations de dommages-intérêts. En d'autres termes, chacun est libre de rompre de simples négociations

⁴⁵³ Pour plus de détails sur cette théorie voir, Louis JOSSERAND, Préface de David DEROUSSIN, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*, 2^e éd., Dalloz, 2006 ; Henri CAPITANT, *Sur l'abus de droit*, RTD, civ, 1928, p.365 ; Juliana KARILA DE VAN, *Le droit de nuire*, RTD. Civ, 1995, p.533 ; Georges RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^e éd., 1949, p.168 et s.

⁴⁵⁴ Thierry DEBARD, Serge GUINCHARD (dir), *Lexique des termes juridiques*, 2016-2017, 24^e éd, Dalloz, p.5.

⁴⁵⁵ Mohamed Houssyen ABD-EL-AAL, *L'accord de réglementer les négociations contractuelles, étude comparée analytique pour les moyens des négociations dans le commerce international*, Dar Al Nahda Al Arabya, le Caire, 1998, p.126 ; Gamel ELSHARKAWY, *Les cours des contrats internationaux*, le Caire, Dar Al Nahda Al Arabya, 1997, p.31.

précontractuelles⁴⁵⁶. C'est le droit de rompre les négociations précontractuelles et non le droit de non conclure le contrat projeté qui serait dans certains cas abusif⁴⁵⁷. Les partisans de ce point de vue prétendent que la rupture des négociations précontractuelles n'est donc pas en soi constitutif d'une faute précontractuelle, pourtant elle peut être constitutive d'une faute lorsque le titulaire d'un droit est utilisé de manière illicite ou abusive. La liberté de rompre les négociations précontractuelles ne doit en effet pas arriver en abus de droit⁴⁵⁸. Selon cette tendance, l'abus de droit de rompre les négociations précontractuelles est donc bien le fondement de la responsabilité précontractuelle. La responsabilité dans ce cas n'est pas contractuelle, parce qu'il n'y a pas un lien de nature contractuelle entre les négociateurs et le contrat proposé n'a pas encore été conclu. Alors, dans ce cas le fondement juridique de la responsabilité de l'auteur de la rupture abusive des négociations précontractuelles se trouve à l'article 1240 du Code civil français selon lequel « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* »⁴⁵⁹. Et l'article 163 du Code civil égyptien selon lequel « *toute faute qui cause un dommage à autrui oblige celui qui l'a commise à le réparer* ».

184. Au regard de la jurisprudence, il semble qu'elle sollicite souvent la théorie de l'abus de droit pour retenir la responsabilité du négociateur qui a empêché la conclusion du contrat proposé ⁴⁶⁰. Selon certains auteurs « *l'appréciation de l'abus du droit de rompre les pourparlers se fait sous le contrôle de la Cour de cassation qui, sur le fondement d'un manque de base*

⁴⁵⁶ Jean-Luc AUBERT, Jacques FLOUR, Éric SAVAUX, *Droit civil : Les obligations, le fait juridique : quasi-contrats, responsabilité délictuelle*, tome 2, 14^e éd, Sirey, 2011, p.148.

⁴⁵⁷ Philippe STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, Thèse, Aix-en-Provence, LGDJ, 2000, p.111.

⁴⁵⁸ Paul GROSSER, *La négociation dans l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op.cit., n°6, p.270 ; François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, op.cit., p.190.

⁴⁵⁹ Il convient de noter que cet article a été modifié par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 pour remplacer l'article 1382.

⁴⁶⁰ Cass. Com., 5 mai 1987, n° 84-17.585 85-10.325, inédit ; Cass. Com., 22 février 1994, n° 91-18-842, Bull. civ. 1994 IV n° 79 p.61, RTD civ., 1994, p.849, obs. Jacques MESTRE ; Cass. Com., 7 janvier 1997, n° 94-21-561, inédit.

légale, n'hésite pas à censurer les décisions qui ne relèvent pas des faits suffisamment caractéristiques d'un abus »⁴⁶¹. Dans cette perspective, la Cour de cassation a été jugé dans un arrêt ancien, que la rupture des négociations précontractuelles constituait un abus de droit⁴⁶². Dans le même contexte dans l'arrêt Manoukian, rendu le 26 novembre 2003, la Cour de cassation a expressément utilisé la théorie de l'abus du droit en jugeant que « *la liberté contractuelle implique celle de rompre les pourparlers, liberté qui n'est limitée que par l'abus du droit de rompre qui est une faute caractérisée par le fait de tromper la confiance du partenaire* »⁴⁶³. Ainsi, un arrêt de la deuxième Chambre civile, du 4 mars 2004 marque expressément le lien entre l'abus d'une liberté et la responsabilité pour faute en jugeant « *que rien ne démontre que les sociétés auraient commis une faute en exerçant leur liberté de mettre un terme aux pourparlers infructueux* » pour en déduire « *que la rupture des négociations par les sociétés n'était pas fautive* »⁴⁶⁴. Il est intéressant de noter que les tribunaux égyptiens suivent l'exemple de leur homologue français pour souligner et adopter cette théorie. Par exemple, la Cour de cassation égyptienne a jugé que « *le titulaire de droit n'a pas le droit d'exercer son droit de manière abusive il faut respecter l'article 5 du Code civil* »⁴⁶⁵. Dans le même contexte, la Cour de cassation égyptienne a confirmé dans un autre arrêt que « *le juge a le pouvoir souverain pour apprécier les circonstances de l'abus de droit, qui échappe au contrôle de la Cour de cassation* »⁴⁶⁶.

⁴⁶¹ Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU, Yves-Marie SERINET, *La formation du contrat. tome 1: Le contrat - Le consentement*, op.cit.,p.530.

⁴⁶² Cass. 1^{re} ch. civ., 12 avril 1976, n° 74-11770 Bull. civ1, n°22, p.98.

⁴⁶³ Cass. Com., 26 novembre 2003, n° 00-10243 ; Bull. civ IV, n° 186, p.206.

⁴⁶⁴ Cass. 2^e ch. civ., 4 mars 2004, n° 02-14.022, Juris-Data n°2004-022781 ; Voir aussi, Cour d'appel de Versailles, 18 mars 2004, n° 2003-02369 ; Cass. Com., 31 mars 1992, n° 90-14.867 ; Juris-Data n° 1992-000762 ; Bull. civ. 1992, IV, n° 145 ; Cass. Com., 10 octobre 2002, n° 01-03.079 ; Cass. Com., 25 février 2003, n° 00-11.440, inédit ; Cass. Com., 14 décembre 2004, n° 02-10.157, inédit ; Cass. Com., 18 septembre 2012, n° 11-19.629, Bull. civ. IV, n° 163.

⁴⁶⁵ Cour d'appel mixte, le Caire, 28 novembre, 1946 n°101-15 ; Voir aussi, Cass. civ., 28 décembre 1967 n° 310-34 ; Cass. civ., 09 juin 1981 n° 59-48 ; Cass. civ., 28 février 1985, n° 833-51.

⁴⁶⁶ Cass. civ, 13 février 1969, n° 19-35.

185. Néanmoins, certains auteurs français et égyptiens ont préconisé de façon expresse d'éliminer l'abus de droit comme fondement de la responsabilité précontractuelle⁴⁶⁷. Cette élimination est justifiée en observant que la rupture des négociations précontractuelles serait l'exercice d'une liberté et non d'un droit. Dans le même contexte, M. le professeur Chauvel affirme qu'il « *ne s'agit pas à proprement parler, d'un abus de droit, mais bien plutôt d'un « abus de liberté » (...) puisque, dans cette période antérieure à la conclusion du contrat, les partenaires ne sont tenus à aucune obligation légale ou conventionnelle* »⁴⁶⁸. Ainsi, M. le professeur Stoffel- Munck dans sa thèse a affirmé que « *d'ailleurs peut-on parler de droit ? Rompre des discussions informelles n'est pas à proprement parler, exercer une prérogative ; abandonner l'idée de contracter relève plutôt d'un usage négatif de la liberté contractuelle* »⁴⁶⁹. Aussi selon lui, la qualification d'abus se comprend comme une simple faute dans l'usage d'une liberté, ce qui s'éloigne de l'idée d'un franchissement des limites d'un droit subjectif. De même, M. le professeur Ghestin observe que la nécessité de faire appel à la notion d'abus de droit est confirmée par l'insuffisance des substituts proposés⁴⁷⁰. Enfin, il semble que la jurisprudence française estime que la rupture abusive, si elle justifie la responsabilité de l'auteur de la rupture des négociations précontractuelles, n'en est pas une condition nécessaire. Par exemple, la Cour de cassation a jugé plus précisément que le titulaire devait réparer les conséquences sans avoir à exiger l'existence d'une faute abusive⁴⁷¹. Par voie de conséquence, la doctrine et la jurisprudence française et égyptienne ont été obligées de rechercher

⁴⁶⁷ Jacques GHESTIN, *La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers*, JCP G, 2007, I, n° 21-22, p.155 ; Voir dans la doctrine égyptienne, Hoda Abd ALLAH, *Le système juridique de la période précontractuelle*, op.cit., p.117 ; Mohamed LOTFI, *La responsabilité civile dans la phase de négociation*, op.cit., p.58.

⁴⁶⁸ Luiz Fernando KUYVEN, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : Fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation*, op.cit., p.367.

⁴⁶⁹ Philippe STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, op.cit n° 121, p.111 et s.

⁴⁷⁰ Jacques GHESTIN, *La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers*, op.cit., n°21, p.155 et s.

⁴⁷¹ Cass. Com., 12 octobre 1993, n° 91-19.456, inédit ; Cass. 2° ch. civ., 13 avril 1998, n° 96-18.381 ; Cass. Com., 17 juin 2003, n° 01-10.272 ; Juris-Data n° 2003-019666.

un autre fondement de la responsabilité précontractuelle. Ce qui conduit à l'exploration de la bonne foi.

§2: La bonne foi précontractuelle comme un fondement de la responsabilité précontractuelle

186. Il faut convenir que la bonne foi est un principe et une obligation fondamentale du Code civil français et égyptien⁴⁷², permettant de faire pénétrer la règle morale dans le droit positif. De manière générale la bonne foi peut être définie comme « *la concordance entre la pensée et les actes de l'homme de bien, dans le respect conjoint et équilibré de l'intérêt d'autrui et de son intérêt propre* »⁴⁷³. Plus précisément, la bonne foi impose aux contractants l'obligation de tout mettre en œuvre pour parvenir à la conclusion du contrat projeté⁴⁷⁴, « *elles sont tenues à un devoir de persévérance* »⁴⁷⁵. À l'origine, la doctrine traditionnelle en France comme en Égypte traitent l'obligation de bonne foi lors de l'exécution des contrats, selon le Code civil français dans sa version antérieure à 2016 à l'article 1134 l'alinéa 3 qui dispose que les conventions « *doivent être exécutées de bonne foi* ». Également, l'article 148 alinéa 1 du Code civil égyptien dispose que « *le contrat doit être exécuté conformément à son contenu, d'une manière répondant aux exigences de la bonne foi* »⁴⁷⁶. En droit français, comme en droit égyptien, « *le contractant qui a manqué à la bonne foi sera condamné à des dommages-intérêts, et le fondement retenu en jurisprudence est alors sans ambiguïté la responsabilité* »⁴⁷⁷.

⁴⁷² V. *supra* n° 108 et s.

⁴⁷³ Jean-François ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruylant, 2000, p.964.

⁴⁷⁴ Denis PHILIPPE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, travaux de l'association Henri Capitant, journées louisianaises, tome XLIII, 1992, Litec, p.72 ; Jean-Louis GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, 1992, n° 71.

⁴⁷⁵ Yves PICOD, *L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p.57.

⁴⁷⁶ Il convient de noter que cet article a été modifié par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 par l'article 1104 qui dispose que « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ».

⁴⁷⁷ Pascal ANCEL, *Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois*, les Mélanges en hommage à Daniel Tricot, Paris, Dalloz-Sirey,

187. La doctrine moderne, depuis le milieu du XX^e siècle, a affirmé que l'obligation de bonne foi ne se limite plus seulement à la phase d'exécution du contrat, mais aussi pendant la période de négociations précontractuelles, parce que la bonne foi a un rôle très important dans la vie du contrat et même dans la phase de préparation du contrat⁴⁷⁸. Il semble que la bonne foi n'est pas exclusivement une obligation contractuelle, elle est plutôt un devoir général de conduite des négociations précontractuelles. La bonne foi donc, en l'absence même d'un lien contractuel préexistant, prend « *le statut d'un devoir social de comportement dont la transgression relève en principe d'un ordre délictuel* »⁴⁷⁹. Dans ce contexte, certains auteurs dans la doctrine française estiment que le principe de bonne foi s'impose pendant la phase précontractuelle⁴⁸⁰, se présente comme une source directe de devoirs précontractuels et collabore avec la moralisation de la phase de négociations⁴⁸¹. À cet égard, M. le professeur Mousseron a affirmé que « *la doctrine tend à admettre, par induction, un véritable principe général de bonne foi, qui ne vaut plus simplement lors de l'exécution du contrat, mais commence à produire son effet dès la période des pourparlers, c'est-à-dire avant toute conclusion* »⁴⁸². Ainsi, M. Kuyven observe dans sa thèse que « *la bonne foi pourrait, constituer un principe directeur de régulation du processus précontractuel parfaitement acceptable et utile si elle était accompagnée d'une*

Litec, 2011, p.61et s.

⁴⁷⁸ Pour plus de détails sur ce sujet dans la doctrine française voir, Béatrice JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats, étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Thèse, Lyon 3, 2001 ; Sandrine TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats : essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, Thèse, Paris1, 2010 ; Rita JABBOUR, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, Thèse, Paris1, LGDJ, 2016.

⁴⁷⁹ Philippe STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, *op.cit.*, n°114.

⁴⁸⁰ Yves PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Thèse Dijon, LGDJ, 1987, p.198 ; Voir aussi Sylvie JAVELOT, *La loyauté dans le commerce international*, Economica, 1998 ; Richard DESGORGES, *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives*, Thèse, Paris II, 1992.

⁴⁸¹ Philippe KAHN, *Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international*, JDI, 1989, p.319 ; Georges RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1949, LGDJ, 4^e éd, Réimpression 2000, n° 157.

⁴⁸² Pierre MOUSSERON, *Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle*, *op.cit.*, p. 243.

*analyse de la relation précontractuelle. La conséquence d'une telle analyse est que la bonne foi ne servirait qu'à préciser le contenu de devoirs qui ont leur source dans la relation précontractuelle »*⁴⁸³.

188. À la lumière de ce qui précède, la reconnaissance de l'extension de la bonne foi pendant la période précontractuelle par la doctrine française a conduit à l'émergence de ce qu'on appelle la bonne foi précontractuelle. Selon certains auteurs, la bonne foi précontractuelle signifie que « *chaque négociateur doit négocier de bonne foi et honnêtement pour conclure le contrat proposé sans nuire à l'autre* »⁴⁸⁴. Dans le même sens, de l'avis des certains auteurs, elle est « *la collaboration entre les négociateurs pour la conclusion du contrat projeté* »⁴⁸⁵. Cela signifie que la bonne foi précontractuelle correspond au respect des principes comme la collaboration, l'honnêteté, la sincérité et l'honneur entre les négociateurs. Chaque négociateur, donc, ne doit pas tromper l'autre, il doit adopter une attitude cohérente à tous les stades du contrat même dans la phase de préparation de ce contrat⁴⁸⁶. La bonne foi précontractuelle est donc considérée comme une règle de conduite exigeant que les négociateurs aient un comportement honnête et loyal. Ce qui signifie que, la bonne foi précontractuelle se manifeste surtout à travers le devoir de loyauté qui doit diriger les négociations⁴⁸⁷. Ainsi, la bonne foi précontractuelle impose aux négociateurs de respecter des obligations secondaires, tels que l'obligation de renseignement, l'obligation de coopération, l'obligation de poursuivre les négociations et l'obligation de confidentialité⁴⁸⁸. Enfin, ce principe est également consacré par la chambre commerciale de la Cour de cassation qui s'est référée aux principes de la

⁴⁸³ Luiz Fernando KUYVEN, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : Fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation*, op.cit., p.374.

⁴⁸⁴ Ahmed Saeed EL ZORED, *Le droit commercial international, la vente internationale de marchandises*, Al Maktaba Al Haditha Mansoura, 2007, p.25.

⁴⁸⁵ Ahmad SHARAF AL-DIN, *La règlement des litiges des contrats de construction internationaux*, Dar Al Nahda Al Arabya, le Caire, 2001, p.17.

⁴⁸⁶ Stéphane DARMAISIN, *Le contrat moral*, op.cit., p.157.

⁴⁸⁷ Luiz Fernando KUYVEN, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : Fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation* op.cit., p.373 ; Yves PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, op.cit., p.198.

⁴⁸⁸ Rajab Karim Abd ALLAH, *La négociation d'un contrat*, op.cit., p.423.

bonne foi précontractuelle et la loyauté, pour caractériser une faute de celui qui a mis fin de façon brutale à des négociations précontractuelles lorsque elle a jugé que « *le principe de la liberté de ne pas contracter qui inclut la liberté de rompre à tout moment les pourparlers trouve sa limite dans le devoir de bonne foi et de loyauté de chacun des interlocuteurs* »⁴⁸⁹. Également, la Cour de cassation a jugé que « *la loyauté doit régir les relations entre les parties, non seulement durant la période contractuelle mais aussi pendant la période précontractuelle* »⁴⁹⁰.

189. De même, on trouve en droit égyptien que la doctrine égyptienne estime que la bonne foi précontractuelle est un fondement de la responsabilité précontractuelle ⁴⁹¹. Selon certains auteurs, le principe de la bonne foi précontractuelle est l'un des principes juridiques les plus importants pendant la formation du contrat, parce qu'il vise à atteindre l'objectif commun des négociateurs de conclure un contrat proposé. Dans ce sens, M. le professeur Ahmed Salama croit que la bonne foi précontractuelle constitue une limite du principe de la liberté contractuelle pendant la période précontractuelle et les deux principes se renforcent mutuellement et ne sont pas en conflit les uns avec les

⁴⁸⁹ Cass. Com., 7 avril 1998, n° 95-20361 ; En ce sens voir, Jean-François ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, op.cit., p.847.

⁴⁹⁰ Cass.1^{re} ch. civ., 14 Juin 2000, n° 98-17494, inédit ; V aussi en ce sens, Cass. 3^e ch. civ., 18 décembre 2012, n°11-28251, inédit ; Cass. Com., 26 octobre 1993, n° 91-16.593, inédit ; Cass. Com., 7 avril 1998, n° 95-20561, inédit ; Cass. Com., 25 février 2003, n° 01-12.660, inédit ; Cass. 3^e ch. civ., 19 février 2002, n° 00-19.714, inédit ; Cass. civ. 16 janvier 1998, n° 95-19.199 : Juris-Data n° 1998-000024 ; Bull, civ. 1998, I, n° 7 ; Cass. 2^e ch. civ., 7 juill. 2011, n° 10-23.064, inédit ; Cass. Com., 23 mars 2010, n° 09-12.455, inédit ; Cass. Com., 7 avril 1998, n° 95-20. 361.Cass. Com., 18 janvier 2011, n° 09-14.617, inédit.

⁴⁹¹ Hani Salah SARY AL-DIN, *Les négociations dans les contrats commerciaux internationaux, étude comparative des droits égyptien et l' anglais*, Dar Al Nahda Al Arabya, le Caire 1998, p.5 ; Abdul Halim ABDUL LATIF, *La principe de bonne foi et son impact sur les actions juridiques, étude comparative*, Dar Al Nahda Al Arabya, le Caire,1997, p.18 ; Hadi Saeed ARRAFA, *La bonne foi dans les contrats en droit islamique et le droit civil*, article publiée dans la revue juridique et économique, université du Caire 1986, p.151 ; Wael Hamdi AHMED, *La bonne foi dans les ventes internationales*, Dar Al Nahda Al Arabya, le Caire 2010, p.253 ; Bilal Abdul Muttalib BADAWI, *La principe de bonne foi dans l'étape des négociations dans les contrats commerciaux internationaux*, Thèse, Faculté de droit Ain Shams, 2001, p.402.

autres⁴⁹². Bien que chaque négociateur doive respecter la bonne foi précontractuelle, il n'est pas nécessaire que les négociations réussissent à atteindre une fin heureuse pour que les négociateurs concluent le contrat proposé. Pourtant, si l'échec des négociations est dû à la mauvaise foi d'un négociateur, ici on peut parler de responsabilité délictuelle sur la base de la mauvaise foi, parce que le manque de sérieux, et le manque de désir de poursuivre les négociations avancées sans des raisons sérieuses, peuvent être considérés comme une faute précontractuelle. La question qui découle donc est : quel est la base juridique de la bonne foi précontractuelle dans le droit égyptien ? Selon certains auteurs, le fondement juridique de la bonne foi précontractuelle est l'article 163 du Code civil égyptien qui dispose que « *toute faute qui cause un dommage à autrui oblige celui qui l'a commise à le réparer* ». Selon cette tendance, le principe de la bonne foi est un principe général applicable à l'étape des négociations, sans la nécessité d'un texte du Code civil égyptien, car le principe a un caractère moral général⁴⁹³. En ce sens, la Cour de cassation égyptienne a jugé que « *le principe de bonne foi exige à chaque partie négociée toute honnêteté et la loyauté lors de la négociation. Chaque négociateur a une raison légitime de rompre les négociations parce qu'il pense que le contrat n'est pas dans son intérêt, mais si la rupture est sans justification légitime, il aura manqué à l'obligation de bonne foi et donc est responsable de la compensation pour les dommages causés à l'autre* »⁴⁹⁴. Contrairement à cette analyse traditionnelle, selon d'autres auteurs égyptiens le Code civil a abordé l'obligation de bonne foi précontractuelle dans la phase de négociations implicitement dans l'article 125 alinéa 2 du Code civil égyptien selon lequel « *le silence intentionnel de l'une des parties au sujet d'un fait ou d'une modalité constitue un dol quand il est prouvé que le contrat n'aurait pas été conclu si l'autre partie en avait eu connaissance* » car, la négociation de bonne foi exige que le négociateur connaisse de manière transparente toutes les informations nécessaires pour contracter. Comme l'a écrit un auteur : « *cet article est une véritable représentation ou une traduction honnête de l'obligation de*

⁴⁹² Ahmad SALAMA, *Loi du contrat international*, op.cit., p.105.

⁴⁹³ Abou AL Ella -EL NEMR, *Les négociations de contrats commerciaux internationaux*, op.cit., p.146.

⁴⁹⁴ Cass. civ., 09 mars 1967, n° 334-18.

bonne foi précontractuelle »⁴⁹⁵. On partage l'avis de la première tendance jusqu'à ce que soit codifiée expressément la bonne foi précontractuelle dans le Code civil égyptien.

190. Après la reconnaissance de la bonne foi précontractuelle en droit français et en droit égyptien, il faut noter que certains auteurs ont critiqué l'obligation de bonne foi et ont refusé de reconnaître la bonne foi comme un fondement de la responsabilité précontractuelle. Selon M. le Professeur Jourdain, « *il reste que la bonne foi demeure une notion floue, qui ne s'exprime efficacement qu'en se coulant dans le moule d'autres concepts au contenu plus précis* »⁴⁹⁶ car, afin d'éclaircir la notion de bonne foi, la doctrine a eu recours à des notions adjacentes, telles que la loyauté⁴⁹⁷, l'honnêteté⁴⁹⁸, la sincérité⁴⁹⁹ et l'équité⁵⁰⁰, pour essayer d'expliquer le rôle de la bonne foi dans la période précontractuelle. Malgré ces efforts, ces notions se sont montrées inefficaces dans le but de rendre plus objective l'appréciation des comportements au cours négociations. Dans cette direction, M. le professeur Ghestin a noté que « *la notion de bonne foi est entachée d'une irréductible incertitude et d'un incompressible subjectivisme* »⁵⁰¹. À en croire d'autres auteurs, « *la mauvaise foi, si elle justifie la responsabilité de l'auteur de la rupture des pourparlers, n'en est donc pas une*

⁴⁹⁵ Rajab Karim Abd ALLAH, *La négociation d'un contrat*, op.cit., p.32; EL Mahdi Nazeh EL SADIQ, *L'engagement précontractuel de l'information*, op.cit., p.23.

⁴⁹⁶ Patrice JOURDAIN, *La bonne foi dans la formation du contrat*, rapport français, travaux de l'association Henri Capitant, Journées louisianaises, tome XLIII, Litec, 1992, p.132.

⁴⁹⁷ Alain BENABENT, *Droit des obligations, à jour de la réforme de 2016 et des projets de 2017*, 16^e éd, LGDJ, 2017, p.43.

⁴⁹⁸ Élisabeth ZOLLER, *La bonne foi, rapport français de droit international public*, travaux de l'association Henri Capitant, Tome XLIII, Litec, 1992.

⁴⁹⁹ Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, Paris, 1993, n° 255.

⁵⁰⁰ Sylvia CALMES, *Du Principe de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Dalloz, Paris, 2001, p.225.

⁵⁰¹ Christophe JAMIN, Jacques GHESTIN, Marc BILLIAU, *Les effets du contrat*, 3^e éd, LGDJ, 2001, p.315.

condition nécessaire »⁵⁰². Également, certains auteurs égyptiens refusent la bonne foi comme un fondement de la responsabilité précontractuelle en affirmant que la bonne foi est l'exemple-type d'une notion-cadre au contenu vague et flou⁵⁰³. Par conséquent, cela entraîne que le champ d'application du pouvoir discrétionnaire du juge du fond est assez large et incontrôlé. En conséquence, les tribunaux délivreront des solutions judiciaires différentes et cela menace la stabilité juridique, en particulier dans le domaine des transactions commerciales internationale. Ceci montre l'importante influence des discussions doctrinales sur la jurisprudence.

191. Nonobstant les critiques, d'une part, on constate que le législateur français en résolvant la controverse et la divergence doctrinale, et en codifiant en partie les solutions jurisprudentielles établies, a clairement déclaré que le principe de bonne foi doit gouverner les négociations précontractuelles⁵⁰⁴. L'ordonnance a donc renforcé le principe de la bonne foi précontractuelle dans deux articles, l'article 1104 qui dispose que « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* », avec la précision selon laquelle « *cette disposition est d'ordre public* ». De même, l'article 1112 qui dispose que « *l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres, ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi* ». L'analyse de l'article 1112 permet de constater que la bonne foi précontractuelle est le fondement de la responsabilité précontractuelle. Cette opinion peut être renforcée par le texte, ce qui confirme que chaque négociateur peut donc rompre unilatéralement et à tout moment les négociations, à condition de le faire de bonne foi parce que l'exigence de bonne foi dans l'article est impérative, c'est-à-dire

⁵⁰² Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU, Yves-Marie SERINET, *La formation du contrat*, tome I : *Le contrat, le consentement*, op.cit., p.530 ; Voir aussi, Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Denis MAZEAUD, *Terminologie contractuelle commune*, association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, société de législation comparée, 2008, p.219.

⁵⁰³ Abou AL Ella -EL NEMR, *Les négociations de contrats commerciaux internationaux*, op.cit., p.226.

⁵⁰⁴ Il convient de rappeler que déjà dans les travaux préparatoires du Code civil français de 1804, il y avait une proposition d'ajouter à l'article 1134 une disposition faisant jouer la bonne foi dans la formation du contrat. Cette proposition a été repoussée par les rédacteurs du Code civil.

qu'au niveau de la phase de négociations et en cas de la rupture des négociations précontractuelles, un négociateur peut engager sa responsabilité pour manquement à son obligation de bonne foi. D'autre part, il convient de noter que le Code civil égyptien ne contient pas de dispositions particulières relatives à la bonne foi précontractuelle⁵⁰⁵. Pourtant, le législateur égyptien a adopté ce principe expressément pendant la phase de négociation de la nouvelle loi du commerce n° 17 du 17 mai 1999 à l'article 76 qui dispose que *« le fournisseur de technologie doit divulguer au cours de la phase de négociations et avant la conclusion du contrat: A) les risques qui peuvent découler de l'utilisation de la technologie, et en particulier celles relatives à l'environnement ou à la santé publique ou la sécurité de la vie ou des biens, et donc d'informer de ce qu'il sait des moyens de prévenir ces dangers ; B) Les procès et d'autres obstacles qui peuvent entraver l'utilisation des droits liés à la technologie, notamment en ce qui concerne les brevets ; C) Les dispositions de droit interne relatives à l'autorisation d'exporter la technologie »*. En peu de mots, il convient d'affirmer que le maître mot de la période précontractuelle est la bonne foi précontractuelle. Il semble que la bonne foi est le principal trait caractéristique de la responsabilité précontractuelle et le seul élément capable de rendre plus objective l'appréciation de la faute précontractuelle selon les récentes modifications dans le Code civil français. En fin de compte, il est préférable que le législateur égyptien codifie la bonne foi expressément dans son Code civil comme son homologue français.

192. Dans le présent chapitre, le but était de déterminer la nature de la responsabilité précontractuelle. D'une part, il était nécessaire d'aborder les théories de la qualification de la responsabilité précontractuelle en droit français et égyptien. On a trouvé trois théories qui ont abordé la responsabilité, dont chacune a une perspective différente pour la nature de la responsabilité précontractuelle. La première tendance opte pour la théorie contractuelle. On a confirmé que la minorité de la doctrine française a adopté cette théorie et le droit français n'a jamais retenu cette dernière. Contrairement à la position égyptienne, la doctrine moderne a adopté cette théorie. Ensuite, on a examiné la deuxième tendance

⁵⁰⁵ Abou AL Ella -EL NEMR, *Les négociations de contrats commerciaux internationaux, op.cit.*, p.148 ; Gamel ELSHARKAWY, *Les cours des contrats internationaux, op.cit.*, p.31.

optant pour la théorie délictuelle qui représente le point de vue de la majorité de la doctrine en France et en Égypte. De même, la jurisprudence française et égyptienne s'est clairement prononcée en faveur de la responsabilité délictuelle. Ainsi, par comparaison de la jurisprudence dans les deux pays, il y a en vérité fort peu d'affaires de ruptures soumises aux tribunaux égyptiens par rapport au nombre immense des tribunaux français, en raison de l'absence de textes juridiques. Par la suite, on a traité la troisième tendance qui prétend que la responsabilité précontractuelle se trouve entre la responsabilité délictuelle et contractuelle. Mais cette tendance mixte n'a pas trouvé le succès doctrinal et judiciaire en France comme en Égypte à cause de la faiblesse de ses arguments juridiques et de ses difficultés pratiques devant les tribunaux. En dernier lieu, on a conclu que la responsabilité précontractuelle est extracontractuelle selon les articles 1240, 1104 et 1112 du Code civil français et l'article 163 du Code civil égyptien. D'autre part, on a traité l'évolution des tentatives pour établir le fondement de la responsabilité précontractuelle par la confiance légitime précontractuelle. On a conclu que la confiance ne peut pas être considérée comme un fondement de la responsabilité précontractuelle. Ceci a conduit à la nécessité de rechercher un autre fondement comme l'abus de droit, ce qui a été un succès et a trouvé le soutien d'un grand nombre d'auteurs dans les deux pays. Cependant, ce fondement a été aussi critiqué par certains auteurs, ce qui a mené à rechercher un autre fondement : la bonne foi précontractuelle. On a conclu que le fondement de la responsabilité précontractuelle est la bonne foi précontractuelle explicitement cité dans le Code civil français selon l'articles 1104 et 1112 et implicitement et dans son homologue égyptien selon l'article 125 alinéa 2. Après avoir examiné la nature et le fondement de la responsabilité précontractuelle, il est nécessaire d'étudier les conditions de cette responsabilité.

Chapitre 2 : Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité précontractuelle

193. La liberté précontractuelle est le principe fondamental pendant la période de négociations précontractuelles. De ce fait, les pré-contractants sont libres de rompre les négociations avant la conclusion du contrat définitif sans avoir à justifier leur décision⁵⁰⁶, puisque la rupture des négociations précontractuelles n'est pas en elle-même critiquable ; elle n'est qu'une manifestation de la liberté précontractuelle, qui permet à chaque pré-contractant de décider s'il désire contracter ou pas. En ce sens, M. le professeur Denis Mazeaud affirme que « *la rupture de la négociation en raison du principe de liberté contractuelle qui domine cette phase du processus contractuel, ne constitue pas une faute (...), le simple fait de rompre une négociation contractuelle ne saurait constituer une faute précontractuelle* »⁵⁰⁷. Pourtant, les circonstances de cette rupture peuvent engager l'auteur de la rupture selon la responsabilité précontractuelle. Cette responsabilité, dans la plupart des systèmes juridiques, pour des considérations pratiques et en l'absence de dispositions concernant la responsabilité précontractuelle, est apparu comme une approche générale doctrinale et judiciaire, visant à l'élargissement des situations reconduites à la responsabilité précontractuelle⁵⁰⁸. Ceci a conduit la législation à adopter certaines de ces solutions dans son Code civil, comme c'est le cas en France. Quel que soit le régime, il faut que les trois conditions soient réunies : la faute, le préjudice et le lien de causalité. L'étude des trois conditions de la responsabilité précontractuelle dans la doctrine et la jurisprudence montre qu'elles ne présentent guère d'originalité par rapport à la théorie générale de la responsabilité délictuelle⁵⁰⁹, mais elle soulève bien des questions et des problèmes

⁵⁰⁶ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op.cit.*, n° 177.

⁵⁰⁷ Denis MAZEAUD, *Réparation des préjudices précontractuels : toujours moins... ?* Recueil Dalloz, 2006, p.2963.

⁵⁰⁸ Luiz Fernando KUYVEN, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : Fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation, op.cit.*, p.364.

⁵⁰⁹ Joanna SCHMIDT, *La période précontractuelle en droit français, op.cit.*, p.554.

importants. Il convient d'étudier avec attention, en premier lieu la faute précontractuelle, qu'elle est l'essence de la responsabilité. En deuxième lieu, il faut exposer les difficultés que l'on rencontre au sujet du préjudice précontractuel et le lien de causalité précontractuel. Il convient donc d'axer la réflexion tout d'abord sur la faute précontractuelle comme première condition et le moteur principal de la responsabilité précontractuelle (Section 1), avant de s'intéresser aux autres conditions de mise en œuvre de la responsabilité précontractuelle (Section 2).

Section 1 : La faute précontractuelle comme première condition et le moteur principal de la responsabilité précontractuelle

194. Comme mentionné précédemment, selon le principe de la liberté précontractuelle, chaque pré-contractant a le droit de rompre les négociations précontractuelles mais, sans aucun doute, sans dépasser les limites et à condition que cette rupture ne constitue pas une faute précontractuelle. Ainsi, il est bien entendu que, la décision de mettre fin à des négociations précontractuelles est l'occasion de commettre des fautes précontractuelles susceptibles d'engager la responsabilité précontractuelle de leur auteur durant une rupture des négociations. En d'autres termes, la faute précontractuelle est née au cours de la période de, négociations précontractuelles, en particulier durant la rupture des pourparlers. Dès lors, la faute précontractuelle est la première condition de la responsabilité précontractuelle sans conteste⁵¹⁰. Mais la détermination de cette première condition n'est pas une tâche facile pour les auteurs et les tribunaux en France comme en Égypte. La détermination de cette condition soulève de nombreuses questions telles que la définition de la faute précontractuelle, la différence entre cette faute et la faute délictuelle, à quel moment la faute précontractuelle est-elle née ? Quel sont les critères permettant de qualifier la faute précontractuelle ? Pour mieux cerner la problématique de la faute précontractuelle, on procédera en

⁵¹⁰ Boris STARCK, Henri ROLAND, Laurent BOYER, *Droit civil, Les obligations, tome 1, Responsabilité délictuelle*, Litec, 5^e éd, 1996, p.135 ; Sidonie DOIREAU, *Réparation de la rupture abusive des pourparlers*, RLDC, 2004, n° 1, p.7.

premier lieu à l'identification de la faute précontractuelle (Sous-section 1). Pour ensuite les critères de qualification de la faute précontractuelle (Sous-section 2).

Sous-section 1: L'identification de la faute précontractuelle

195. La doctrine et la jurisprudence en France et en Égypte ont tenté d'identifier la faute précontractuelle comme première condition de la responsabilité précontractuelle, par les tentatives de définir la faute précontractuelle et de cerner le moment de la naissance de la faute précontractuelle qui varient avant et après l'offre de contracter. Ce moment est considéré comme l'un des éléments importants dans la détermination de la faute précontractuelle et la distinction de la faute délictuelle. Il convient donc dans un premier temps de mettre en lumière la notion de faute précontractuelle (§1), avant d'en apprécier plus précisément la naissance de la faute précontractuelle (§2).

§1 : La notion de faute précontractuelle

196. Il n'existe pas en droit français, ni en droit égyptien une définition à proprement parler de la faute précontractuelle. Donc, celle-ci doit être incluse dans la définition générale de la faute délictuelle. Pour cette raison, avant de traiter la faute précontractuelle, il est nécessaire d'identifier la faute délictuelle parce que les deux sont similaires en grande partie. Il convient donc d'examiner la définition générale de la faute délictuelle (A). Avant de développer, la définition de la faute précontractuelle (B).

A : La définition générale de la faute délictuelle

197. Tout d'abord, la tâche de la recherche de la définition de la faute est vraiment difficile⁵¹¹, du fait que le Code civil français et son homologue égyptien ne donne pas de définition de la faute⁵¹². C'est donc la doctrine et la jurisprudence qui se sont attelées à cette tâche et ont fait un effort pour délimiter la notion de la

⁵¹¹ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, op.cit., p.30.

⁵¹² Voir entre autres, Albert RABUT, *De la notion de faute en droit privé*, Thèse, Paris, 1946 ; Jean DELIYANNIS, *La notion d'acte illicite, considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle*, Thèse, Paris, 1952.

faute⁵¹³. De sorte, il est intéressant de traiter les tentatives de la doctrine et la jurisprudence française et égyptienne de donner une définition générale de la faute délictuelle. En fait, il existe plusieurs définitions de la faute, entre autres on peut citer Planiol qui a défini la faute comme « *la violation d'une obligation préexistante* »⁵¹⁴. Ainsi, selon M. le professeur Denis Mazeaud la faute est définie comme « *une erreur de conduite telle qu'elle n'aurait pas été commise par une personne avisée, placée dans les mêmes circonstances externes que le défendeur* »⁵¹⁵. La faute peut être définie également comme « *la violation d'une obligation, non justifiée par une excuse ou par une cause de non-imputabilité* »⁵¹⁶. À en croire un autre auteur, la faute est alors définie comme « *une erreur ou une défaillance de conduite, appréciée par apport au comportement que l'agent aurait dû avoir* »⁵¹⁷. Aujourd'hui encore, la plupart des auteurs dans la doctrine française restent fidèles à la conception classique de la faute délictuelle ce qui implique « *l'existence d'un acte ou d'une omission à la fois illicite et imputable à son auteur* »⁵¹⁸. Dans le même contexte, certains auteurs égyptiens estiment que le Code civil égyptien a adopté le concept de Planiol⁵¹⁹ arguant que, premièrement les travaux préparatoires du Code civil égyptien adoptent le concept de Planiol de

⁵¹³ Abd El Razaq-Al SANHOURI, *Al Waseet, La théorie générale de l'obligation, tome 1, la responsabilité délictuelle, op.cit.*, p.640.

⁵¹⁴ Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN, Suzanne CARVAL, (dir), Jacques GHESTIN, *Les conditions de la responsabilité*, 4^e éd, LGDJ, 2013, p.443 ; Voir également en droit égyptien, Fayez Ahmed ABD AL-RAHMAN, *La responsabilité délictuelle et contractuelle et la possibilité de la victime de choisir entre eux*, Dar Al Nahda Al Arabya, 2006, p.94. Il faut signaler que de nombreux auteurs ont critiqué cette définition en affirmant qu'elle reste incomplète, parce qu'elle est générale et ne précise pas les obligations préexistantes.

⁵¹⁵ Jean MAZEAUD, Henri MAZEAUD, François CHABAS, Léon MAZEAUD, *Leçons de droit civil, obligations, Théorie générale*, tome 2, Montchrestien, 9^e éd, 1998, n °443.

⁵¹⁶ Philippe DELEBECQUE, Frédéric-Jérôme PANSIER, *Droit des obligations, Responsabilité civile, délit et quasi-délit*, 7^e éd, Lexis Nexis, 2016, p.51.

⁵¹⁷ Mireille BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil, Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, tome 5, 3^e éd, Economica, 2016, p.161.

⁵¹⁸ Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN, Suzanne CARVAL, (dir), Jacques GHESTIN, *Les conditions de la responsabilité, op.cit.*, p.442.

⁵¹⁹ Ramadan Mohammed ABU ALSAUD, *Les sources des obligations*, El Dar El Gammiya EL GADIDA, 2003, p.331.

façon implicite, mais ne définit pas la faute explicitement. Deuxièmement, la jurisprudence égyptienne a adopté la définition Planiol dans un certain nombre de ses arrêts. En ce sens, la Cour d'appel du Caire définit la faute lorsqu'elle a jugé que « *la faute est représentée par une violation d'une obligation préexistante* » et prend en compte la prévoyance et la prudence de l'auteur de la faute⁵²⁰. Aussi la Cour de cassation égyptienne a confirmé ce sens dans l'un de ses arrêts⁵²¹. Cependant, la plupart des auteurs égyptiens ne sont pas d'accord avec cette opinion, d'après eux la faute est « *la déviation du comportement de la personne, ce dernier est conscient de cette déviation* »⁵²². Selon un autre auteur, « *la faute est une violation d'une obligation légale et l'auteur est parfaitement conscient qu'il viole une obligation légale* »⁵²³. Dans le même sens, la faute « *est une violation du droit ou d'intérêt suprême de la communauté* »⁵²⁴. Dans tous les cas, il convient de souligner selon la conception traditionnelle en droit français et égyptien « *la faute comportait deux éléments, un élément objectif consistant dans la violation d'une obligation ou d'un devoir préexistant et un élément subjectif, tenant dans l'aptitude psychologique de l'auteur à comprendre la portée de ses actes et à en discerner les conséquences* »⁵²⁵.

198. Il est nécessaire d'identifier le point de vue adopté par le législateur au sujet de la faute. D'abord, le Code civil français ne définit expressément pas la faute, mais il a mentionné la faute dans la formule générale de l'article 1240 qui dispose que « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* »⁵²⁶. Ceci est le cas à

⁵²⁰ C.A. le Caire, 06 janvier 1958, n°164-74.

⁵²¹ Cass. civ., 13 avril 1988, n°1078.

⁵²² Anwar SULTAN, *La Théorie générale des obligations*, op.cit., p.302.

⁵²³ Soliman MORCOS, *Al Wafi (L'explication détaillée) Pour expliquer l'droit civil, La théorie générale des obligations*, op.cit.,1998, p.192 ; Voir aussi en ce sens, Mohamed Labib SHANAB, *Les sources des obligations*, op.cit.,1969 ; Gamal EL SHARKAWY, *La Théorie générale des obligations, les sources des obligations*, op.cit.,1981.

⁵²⁴ Galal EL ADAWY, *Les sources des obligations*, Monshatte AL Marref, Alexandrie, 1997, p.35.

⁵²⁵ Mireille BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil, Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, op.cit., p.154.

⁵²⁶ Modifié par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, art 2.

l'article 163 du Code civil égyptien qui prévoit que « *toute faute qui cause un dommage à autrui oblige celui qui l'a commise à le réparer* ». Ces deux textes ont une grande importance pour la doctrine surtout lors de la recherche de la définition de la faute, bien qu'ils ne définissent pas le concept de la faute explicitement. Ensuite, il convient de relever que certains des projets de modification du Code civil français codifient la doctrine et la jurisprudence française et donnent une définition à la faute. À titre d'exemple, l'alinéa 2 de l'article 1352 de l'avant-projet Catala prévoit que « *constitue une faute la violation d'une règle de conduite imposée par une loi ou un règlement ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence* »⁵²⁷. Ainsi que le projet Terré à l'article 5 prévoit que « *la faute consiste, volontairement ou par négligence, à commettre un fait illicite. Un fait est illicite quand il contrevient à une règle de conduite imposée par la loi ou par le devoir général de prudence et de diligence* »⁵²⁸. Les deux projets français ne sortent pas de la tradition juridique française qui n'aborde pas les notions séparément, mais comme une conception générale et large de la faute⁵²⁹. Il faut également souligner que le projet de l'ordonnance 2015 a défini la faute dans son article 1242 qui prévoit que « *constitue une faute la violation d'une règle de conduite imposée par la loi ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence* ». Enfin, il convient de souligner que le projet de réforme de la responsabilité civile, présenté le 13 mars 2017, dans son article 1241 a exigé explicitement l'existence de la faute comme l'une des conditions de la responsabilité en disant qu'« *on est responsable du dommage causé par sa faute* ». On peut noter que le projet a consacré le point de vue de catala et a défini la faute dans son article 1242 qui dispose que « *constitue une faute la violation d'une prescription légale ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence* ». On espère que le législateur français et son homologue égyptien adopteront ces textes afin de résoudre le

⁵²⁷ Pierre CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Ministère de la Justice, la documentation Française, Paris, 2006, p.175.

⁵²⁸ François TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, Paris, 2011, p.101.

⁵²⁹ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, *op.cit.*, p.174.

conflit doctrinal en ce qui concerne la détermination de la notion de la faute générale et la faute précontractuelle.

B : La définition de la faute précontractuelle

199. En premier lieu, en ce qui concerne la faute précontractuelle, il n'existe pas dans le Code civil français, ni dans le Code civil égyptien une définition pour cette notion. En l'absence de définition légale dans le droit français et égyptien⁵³⁰ la doctrine a cherché à définir la faute précontractuelle, à la lumière de la définition générale de la faute⁵³¹. Selon certains auteurs « *la faute précontractuelle consistant dans un manquement à un devoir précontractuel* »⁵³². À cet égard, Mme le professeur Schmidt, a défini la faute comme « *une erreur de conduite qu'un homme normalement avisé ne commet pas lorsqu'il se trouve dans les mêmes circonstances de fait* »⁵³³. Mme le professeur Schmidt, également a ajouté la bonne foi comme un nouvel élément à la définition traditionnelle de la faute délictuelle⁵³⁴. Ceci signifie que, la bonne foi joue donc un rôle important dans la détermination de la faute précontractuelle, elle sert à garantir l'efficacité et la sécurité dans les relations précontractuelles⁵³⁵. Cette obligation de bonne foi précontractuelle est créée par des attentes et des attentes légitimes que les pré-contractants ont l'un envers l'autre. De plus, la bonne foi précontractuelle devient comme une norme objective de comportement pour déterminer le

⁵³⁰ Voir dans la doctrine égyptienne, Hamoud Abd ELAZIZ, *Les aspects juridiques de la phase de négociation*, op.cit., p.80 ; Mohammed Hussein MANSOUR, *Les contrats internationaux, les négociations et la conclusion du contrat*, Dar AL Jamma AL Jadida, Alexandrie, 2006, p.61.

⁵³¹ Voir dans la doctrine française, Raymond SALEILLES, *La responsabilité précontractuelle*, RTD, civ., 1907, p.697 ; André COHÉRIER, *Des obligations naissant des pourparlers*, Thèse, Paris, 1939 ; Jean Marc MOUSSERON, *La durée dans la formation des contrats*, Mélanges JAUFFRET, LGDJ, 1974, p.509 ; Joanna SCHMIDT, *La sanction de la faute pré contractuelle*, op.cit., p.57 ; Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil. Les Obligations. Le contrat*, Paris, LGDJ, 1980, p.23.

⁵³² Philippe MALAURIE, Laurent, AYNÈS, Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, op.cit., p.42.

⁵³³ Joanna SCHMIDT, *La négociation et conclusions de contrats*, Paris, Dalloz, 1982, p.107.

⁵³⁴ Valérie BLANC, *La responsabilité précontractuelle*, op.cit., p.40.

⁵³⁵ Xavier DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui : essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Paris, LGDJ, 1995, p.281.

caractère démesuré et le caractère déraisonnable des pré-contractants tout en exerçant leurs droits de mettre fin à des négociations précontractuelles. Dès lors, la faute précontractuelle est « *commise à l'occasion d'une malformation ou mal rupture du contrat projeté* »⁵³⁶. Par conséquent, le comportement de référence pour déterminer la présence d'une faute précontractuelle ou non en droit français⁵³⁷ et en droit égyptien⁵³⁸ est « le négociateur raisonnable » qui négocie loyalement et de bonne foi. De ce fait, la faute précontractuelle s'appréciera en droit français comme en droit égyptien, en comparant l'attitude psychique de l'auteur avec celle d'un négociateur normal, qui agit en faisant preuve de prudence dans les mêmes circonstances⁵³⁹ et dans le même contexte⁵⁴⁰. Il se confirme donc que la faute précontractuelle est un reflet de la faute délictuelle⁵⁴¹.

200. En deuxième lieu, pour bien identifier la faute précontractuelle, il est nécessaire de préciser la différence entre les deux concepts divers dans la doctrine et la jurisprudence française et égyptienne (la faute dans la rupture et la faute de rupture)⁵⁴². En ce qui concerne le premier concept de la faute précontractuelle (la faute dans la rupture), il faut noter que selon le principe de liberté précontractuelle qui domine les relations précontractuelles, la rupture des négociations précontractuelles ne constitue pas une faute précontractuelle en

⁵³⁶ Joanna SCHMIDT, *La période précontractuelle en droit français*, op.cit., p.554.

⁵³⁷ En France, avec l'adoption de la loi de 21 janvier 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, l'expression de bon père de famille a été remplacée par personne raisonnable. Voir en ce sens, Jérôme HUET, *Adieu bon père de famille*, RTD civ, 2014, p.505 ; Jean Louis HALPÉRIN, *La suppression de l'expression bon père de famille*, RTD civ, 2014, p.536.

⁵³⁸ Nabil Ibrahim SAAD, *La théorie générale des obligations, les sources des obligations*, Dar EL Gamma El gadida, Alexandrie, 2007, p.391 ; Mohammed Hassan ABDEL RAHMAN, *Les sources des obligations, étude comparée*, Dar Al Nahda Al Arabiya, 2010, p.395.

⁵³⁹ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, op.cit., p.176.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, p.177.

⁵⁴¹ Pierre VAN OMMESLAGHE, *Rapport Général sur la bonne foi dans la formation du contrat*, travaux de l'association Henri Capitant, Paris, Litec, 1992, p.30, cité par, Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, op.cit., p.178.

⁵⁴² Olivier DESHAYES, *Les dommages précontractuels*, RTD com., 2004, p.191.

soi⁵⁴³, mais les circonstances ou des fautes étrangères commises à l'occasion de la rupture dans lesquelles celle-ci est décidée s'il y a une faute précontractuelle ou pas⁵⁴⁴. Donc, la responsabilité précontractuelle vise dans ce cas à replacer la victime de la rupture dans l'état dans lequel celle-ci se serait trouvée, si la rupture des négociations précontractuelles n'avait pas été accompagnée des circonstances fautives entourant la rupture des négociations. Il peut être conclu que les partisans de ce concept ciblent « *de limiter le dommage réparable à certains frais de négociation et à la perte de chance de conclure un contrat avec un tiers* »⁵⁴⁵. Le deuxième concept de la faute précontractuelle (la faute de rupture) signifie que : « *la faute précontractuelle réside dans le fait même d'avoir rompu les pourparlers* »⁵⁴⁶. En d'autres termes, la rupture représente en soi une faute précontractuelle. Il ressort de cette approche que, la responsabilité précontractuelle doit replacer le pré-contractant victime dans l'état dans lequel il se serait trouvé en absence de la rupture des négociations précontractuelles. En résumé, on peut observer que les partisans de ce concept ciblent « *à limiter le dommage précontractuel réparable aux frais de la rupture et à la perte de chance de conclure le contrat avorté* »⁵⁴⁷.

201. En résumé, on peut affirmer que la faute précontractuelle, est tous les actes frauduleux ou tous les actes illégaux fait par l'un des pré-contractants durant la phase des négociations précontractuelles qui ont contrevenus aux obligations légales ou les principes généraux. Cette faute peut être le résultat d'une négligence intentionnelle ou non, simple ou sérieuse, sans ou avec mauvaise foi, désignant le préjudice patrimonial ou moral, elle peut avoir lieu

⁵⁴³ Denis MAZEAUD, *Rupture fautive des pourparlers*, RDC, 2006, n° 4, p.1069 ; Anne-Sophie DUPRÉ-DALLEMANGE, *Nouvelles précisions sur le régime applicable à la rupture unilatérale des pourparlers*, Recueil Dalloz, 2004, p.869.

⁵⁴⁴ Jacques GHESTIN, *La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers*, *op.cit.*, n° 21, p.155.

⁵⁴⁵ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, *op.cit.*, p.182.

⁵⁴⁶ Joanna SCHMIDT, *La sanction de la faute précontractuelle*, *op.cit.*, p.46.

⁵⁴⁷ Anne LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, Thèse, PUAM, Aix-en-Provence, 1992 n° 846, p.521.

antérieurement à l'offre de contracter ou postérieurement à l'offre de contracter qui peut avoir des effets immédiats sur les procédures de négociations, ou des effets futurs à la période des négociations, ce qui aura un effet négatif sur la mise en œuvre du contrat définitif.

§2 : La naissance de la faute précontractuelle

202. La faute précontractuelle constitue un obstacle à la conclusion du contrat proposé. Cette faute peut avoir comme effet l'échec des négociations précontractuelles et la non-conclusion du contrat projeté⁵⁴⁸. Cette faute donc peut exister avant et après l'offre de contracter. Afin d'examiner le moment de la naissance de la faute précontractuelle, il faut distinguer les deux hypothèses suivantes, la première hypothèse la faute précontractuelle avant l'offre de contracter (A), et la deuxième hypothèse, la faute précontractuelle après l'offre de contracter (B).

A : La faute précontractuelle avant l'offre de contracter

203. La rupture fautive des négociations précontractuelles peut révéler une faute précontractuelle antérieure à l'offre de contracter. L'exemple qui illustre cette situation est lorsqu'un des pré-contractants conduit les négociations avec mauvaise foi ou en cas de rupture abusive des négociations précontractuelles très avancées⁵⁴⁹. Dans de tels cas, la doctrine française et égyptienne acceptent en général, que l'un des pré-contractants empêchant la conclusion du contrat proposé soit sanctionné⁵⁵⁰. Dès lors, la faute précontractuelle commise avant l'offre de contracter entraîne l'application des règles de la responsabilité délictuelle⁵⁵¹. Cette hypothèse est très claire et ne pose pas de problèmes pratiques.

⁵⁴⁸ Joanna SCHMIDT, *Négociation et conclusion de contrats*, op.cit., p.6.

⁵⁴⁹ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, op.cit., p.187.

⁵⁵⁰ Ismail GHANEM, *La théorie générale de l'obligation, Les Sources de l'obligations*, op.cit., n° 59, p.107.

⁵⁵¹ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*,

B : La faute précontractuelle après l'offre de contracter

204. La faute précontractuelle peut encore intervenir postérieurement à l'offre de contracter. Dans cette hypothèse, il faut distinguer deux cas. Le premier cas, l'offre de contracter n'a pas été portée à la connaissance du destinataire. En droit français et en droit égyptien⁵⁵² l'offre est en principe révocable. Ce qui signifie que l'offrant a le droit de retirer l'offre surtout si l'offre de contracter n'a pas été portée à la connaissance de son destinataire, elle peut donc être librement rétractée. En outre, il est opportun d'observer, d'une part, le législateur français adopter cette tendance dans les modifications du Code civil français de 2016 et consacrer le principe de liberté précontractuelle qui préside à la révocation de l'offre⁵⁵³. Ainsi, l'article 1115 du Code civil prévoit que l'offre « *elle peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire* ». D'autre part, on peut confirmer que le Code civil égyptien a consacré à cette tendance de manière implicite quand il a souligné que l'offre devient efficace au moment où elle parvient à la connaissance de son destinataire à l'article 91 qui dispose qu'« *une déclaration de volonté devient efficace au moment où elle parvient à la connaissance de son destinataire. Celui-ci sera réputé avoir pris connaissance de la déclaration dès sa réception, à moins de preuve contraire* ». Ceci signifie que l'offre n'est pas efficace si elle n'a pas été portée à la connaissance de son destinataire. Par conséquent, il ne peut pas l'empêcher de retirer son offre avant ce moment. Cette liberté de révocation peut être justifiée par l'absence de rencontre des volontés des négociateurs. Cela signifie que le contrat projeté ne s'est pas formé et par voie de conséquence, l'offrant a le plein droit de rétracter l'offre, en guise d'application du principe de la liberté précontractuelle. Dans ce cas, la révocation de l'offre révèle la faute précontractuelle qui a consisté à émettre une offre alors que le négociateur n'avait pas l'intention sérieuse de conclure le contrat définitif. De plus, il apparaît clairement qu'il n'existe pas de sanction spécifique dans le Code civil français, ni dans l'égyptien, si la révocation de

op.cit., p.188.

⁵⁵² Nabil Ibrahim SAAD, *La théorie générale de l'obligation*, *op.cit.*, p.102.

⁵⁵³ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, p.7.

l'offre représente une faute précontractuelle, il est donc nécessaire de se référer aux règles générales de la responsabilité délictuelle.

205. Le deuxième cas, l'offre a été portée à la connaissance de son destinataire. Dans ce cas, il est nécessaire de distinguer deux hypothèses : la première hypothèse, l'offre est parvenue à son destinataire mais sans aucune acceptation. La question qui se pose dans cette hypothèse, si l'acceptation n'a pas intervenu, l'offrant demeure-t-il libre de disposer de son offre en la retirant ou il est obligé de maintenir l'offre pour une période de temps⁵⁵⁴ et quelle est la sanction de sa violation ? On peut trouver la réponse à cette problématique à l'article 1116 du Code civil français qui prévoit que lorsque l'offre est parvenue à son destinataire, « *elle ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable* ». Ainsi, dans cet article, le principe qui préside à la révocation de l'offre n'est plus la liberté, mais l'obligation de maintenir l'offre. Il convient de relever que l'étendue de cette obligation est différente dans deux cas. Le premier cas, si l'offre est assortie d'un délai fixé par son auteur, dans cette hypothèse, l'offrant a une obligation de maintenir pendant ce délai et il ne pourra pas révoquer son offre. Dans ce sens, l'article 93 du Code civil égyptien dispose que « *lorsqu'un délai est fixé pour l'acceptation, l'auteur de l'offre est lié par son offre jusqu'à l'expiration de ce délai ; La fixation du délai peut résulter implicitement des circonstances ou de la nature de l'affaire* ». Le deuxième cas, si l'offre n'est assortie d'aucun délai, dans cette hypothèse, l'article 1116 du Code civil français dispose qu' « *à défaut, l'issue d'un délai raisonnable* ». Ainsi, dans ce texte, le législateur a consacré la solution jurisprudentielle selon laquelle « *lorsqu'aucun délai n'est fixé, l'offrant est tenu de maintenir l'offre dans un délai raisonnable* »⁵⁵⁵. Pourtant, en cas de

⁵⁵⁴ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, op.cit., p.190.

⁵⁵⁵ Cass. 3^e ch. civ., 25 mai 2005 n ° 03-19411, Bull.civ, III, n ° 117 p.107, RTD civ. 2008. 475, obs. Bertrand FAGES ; JCP 2008, II, 10147, obs. Gilles PILLET. Sur ce point, il convient de noter que l'article 1122 dispose que « *la loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion, qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation ou un*

rétractation prématurée de l'offre, cette rétractation du pollicitant constitue un obstacle à la formation du contrat projeté. Dans tel cas, le législateur français a choisi la sanction de l'obligation de maintenir l'offre sur le fondement de la responsabilité délictuelle sans obliger l'offrant à compenser la perte des avantages attendus du contrat avorté, par l'alinéa 2 de l'article 1116 qui précise que « *la rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat* ». Aussi, l'alinéa 3 précise qu'« *elle engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat* ». Dans le même contexte, le législateur égyptien, à l'article 94 du Code civil confirme que « *si, en séance contractuelle, une offre est faite à une personne présente, sans fixation de délai pour l'acceptation, l'auteur de l'offre est délié, si l'acceptation n'a pas lieu immédiatement. Il en est de même si l'offre est faite de personne à personne au moyen du téléphone ou de tout autre moyen similaire. Toutefois, le contrat est conclu, même si l'acceptation n'est pas immédiate, lorsque, dans l'intervalle entre l'offre et l'acceptation, rien n'indique que l'auteur de l'offre l'ait rétractée, pourvu que la déclaration de l'acceptation ait lieu avant que la séance contractuelle ne prenne fin* ». On peut conclure que les dispositions du Code civil français proposent des solutions claires « *qui mettront fin aux ambiguïtés de la jurisprudence, et qui résulte de la volonté de favoriser la souplesse et la liberté contractuelle dans la formation du contrat* »⁵⁵⁶.

206. La deuxième hypothèse lorsque l'acceptation rejoint l'offre, une fois l'offre acceptée, c'est le moment de la formation du contrat projeté. Il est évident que selon les règles générales lorsque le contrat est conclu, la faute après la conclusion est soumise aux règles de la responsabilité contractuelle et on ne peut pas parler de la faute précontractuelle. Donc, cette hypothèse est au-delà du cadre de la recherche.

délai de rétractation, qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement ».

⁵⁵⁶ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, p.7.

Sous-section 2: Les critères de qualification de la faute précontractuelle

207. La reconnaissance et l'acceptation de la responsabilité précontractuelle risque de tenir en échec le principe de la liberté précontractuelle. Il est nécessaire donc d'être plus prudent à la qualification des éléments qui sont constitutifs de la faute précontractuelle. Comme mentionné précédemment, la doctrine et la jurisprudence ne définissent pas la faute précontractuelle, mais, elles ont donné des exemples, des indices, des critères et des comportements pouvant indiquer la possibilité de présence d'une faute précontractuelle. On a donc différents critères permettant de qualifier la faute précontractuelle dans la doctrine et la jurisprudence française et égyptienne, tels que la brutalité de la rupture, l'avancement des négociations précontractuelles, l'absence de motifs légitimes et l'absence de la bonne foi. Très proches les uns des autres, ces critères ne se retrouvent presque jamais à l'état isolé, il en résulte donc que la charge de la preuve est une tâche bien difficile. En tout cas, ces critères peuvent être divisés en deux catégories pour la clarté du propos, la première catégorie peut être liée aux négociations précontractuelles et la deuxième catégorie aux négociateurs. Il convient d'examiner donc dans un premier temps, les critères relatifs aux négociations précontractuelles (§1). Puis dans un second temps, les critères relatifs aux négociateurs (§2).

§1 : Les critères relatifs aux négociations précontractuelles

208. Les négociations précontractuelles peuvent être rompus de manière abusive et peuvent également être rompus en dépit d'être très avancés. Dans de tels cas, la jurisprudence a considéré ces indices comme critères de la faute précontractuelle. Ces critères sont étroitement liés aux négociations précontractuelles, parce que l'évaluation de ces critères liés à la façon de rompre et l'état d'avancement des négociations. Ainsi, on peut affirmer que la rupture abusive et l'avancement des négociations précontractuelles sont les plus importants critères traditionnels utilisés par la doctrine et la jurisprudence en France et en Égypte. Pourtant dans de nombreux cas, ces critères sont les causes de la controverse et de débats dans les tribunaux. Ils soulèvent des questions complexes telles que : dans quel cas peut-on considérer que la rupture est abusive ? Dans quel cas peut-on considérer que les négociations précontractuelles

étaient bien avancées ? Afin de répondre à ces questions, il convient d'étudier la problématique de la rupture abusive des négociations précontractuelles (A), avant de s'intéresser à la question de l'avancement des négociations précontractuelles (B).

A : La rupture abusive des négociations précontractuelles

209. Il convient d'examiner d'abord, la rupture abusive des négociations précontractuelles comme critère de la faute précontractuelle. La rupture n'est pas une faute en soi, elle peut représenter une faute selon les circonstances de la rupture, comme les progrès dans les négociations précontractuelles, l'absence de motifs légitimes et l'absence de bonne foi, etc. Ceci signifie que la rupture abusive n'est pas indépendante, mais plutôt un critère d'accompagnement à un autre critère. Traditionnellement, la doctrine française⁵⁵⁷ et égyptienne⁵⁵⁸ ont affirmé que le principe général lors des négociations est qu'il n'existe aucune sanction à la rupture des négociations précontractuelles, sauf si cette rupture s'est faite brutalement. « *La sanction n'a donc pas de rapport avec la rupture en elle-même, mais avec les conditions de cette rupture* »⁵⁵⁹, puisque la décision de mettre un terme aux négociations précontractuelles n'est qu'une manifestation de la liberté précontractuelle⁵⁶⁰. Donc, il faut recourir à la notion d'abus de droit de rompre les négociations précontractuelles pour justifier l'existence de la faute précontractuelle. En effet, les juges se réfèrent souvent expressément à la rupture unilatérale des négociations précontractuelles sur le fondement de l'abus de droit en utilisant des expressions telles que « *l'abus du droit de rompre les pourparlers* »⁵⁶¹, et « *rupture abusive* »⁵⁶². Autrement dit, les cas de rupture abusive des négociations précontractuelles ont été développés par la

⁵⁵⁷ Philippe LE TOURNEAU, Matthieu POUMARÈDE, *Bonne foi, op.cit.*, n° 36.

⁵⁵⁸ Mohammed Hussein MANSOUR, *Les contrats internationaux, les négociations et la conclusion du contrat, op.cit.*, p.60.

⁵⁵⁹ Marie-Eve PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, Thèse, Presses universitaires d'Aix Marseille, P.U.A.M, 1996, n° 248.

⁵⁶⁰ Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat, op.cit.*, n° 170.

⁵⁶¹ Cass. Com., 7 janvier 1997, n° 94-21.561, inédit.

⁵⁶² Cass. Com., 5 mai 1987, n° 84-17.585, inédit ; Cass. Com., 17 mai 1989, n° 87-16.936, Bull. IV n° 152, p. 102, Juris Data, 1989-001721 ; Cass. 2° ch. civ, 1 avril 1998, n° 98-18.381, inédit.

jurisprudence⁵⁶³. Cependant, selon certains auteurs il n'est pas nécessaire d'utiliser l'idée d'abus du droit parce qu'elle ne confère aucune particularité à la faute précontractuelle. Dès lors, elle s'inscrit dans la définition générale de la faute délictuelle⁵⁶⁴. Selon eux, la faute précontractuelle représente une atteinte à la liberté plus qu'un abus du droit⁵⁶⁵.

210. La question qui découle donc est : dans quel cas peut-on considérer que la rupture était brutale ou abusive ? La réponse à cette question se trouve dans les arrêts des tribunaux qui ont donné de nombreux exemples de la rupture abusive. Par exemple, la Cour d'appel de Paris le 13 mai 1991, a annoncé qu'« *un comportement, empreint de malveillance et de désinvolture à l'égard d'un partenaire commercial exempt de reproche caractérise un usage abusif du droit de ne pas contracter* »⁵⁶⁶. La Cour a utilisé l'expression de l'exercice du droit de ne pas contracter, donc la rupture des négociations précontractuelles peut ici être sanctionnée sur le fondement de l'abus de droit⁵⁶⁷. Ainsi on peut citer l'arrêt rendu par la chambre commerciale le 22 avril 1997 dans laquelle la Cour de cassation a jugé que « *la société Iveco avait rompu brutalement et unilatéralement des négociations très engagées* »⁵⁶⁸. De même, la chambre commerciale de la Cour de cassation dans un récent arrêt s'est référée expressément à l'abus de droit de rompre en jugeant que « *pour condamner la société Sagem à payer à la société Boyé la somme de 10 000 000 euros à titre de dommages-intérêts, alors qu'ayant retenu que la faute de la société Sagem consistait dans la rupture abusive de*

⁵⁶³ Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat, op.cit.*, n° 170.

⁵⁶⁴ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen, op.cit.*, p.177.

⁵⁶⁵ Joanna SCHMIDT, *Négociation et conclusion de contrats, op.cit.*, p.6 ; Anthony CHAMBOREDON, *La formation progressive du contrat : étude comparée sur les procédures de la négociation contractuelle, op.cit.*, p.250.

⁵⁶⁶ C.A. Paris, 13 mai 1991, RJDA 1991 n° 911, RTD civ. 1992 p. 394, obs. Jacques MESTRE.

⁵⁶⁷ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op.cit.*, p.268.

⁵⁶⁸ Cass. ch. Com., 22 avril 1997, n° 94-18.953, inédit.

*pourparlers au préjudice de la société Boyé »*⁵⁶⁹. On constate donc que, plus les négociations précontractuelles sont avancées, plus on retient l'abus, car ils laissent entendre des négociations sérieux⁵⁷⁰. De l'avis des auteurs, dans la plupart des arrêts, la durée de négociations précontractuelles est un élément primordial, la rupture devenant fautive avec l'écoulement du temps à mesure qu'augmente la confiance légitime en la bonne fin des négociations⁵⁷¹. Dans le même esprit, la Cour d'appel de Toulouse a jugé que la rupture brutale et unilatérale des négociations très engagées constitue un manquement aux règles de bonne foi dans les relations commerciales, « *en l'espèce, (x) a été victime d'une rupture brutale des pourparlers engagés depuis plusieurs mois par (y). Et (z) tant à titre personnel qu'en qualité de président de la société Trait d'Union. Il a largement contribué par son travail au développement de la société dont le chiffre d'affaires n'a cessé d'évoluer, confiant dans les promesses d'association qui lui avaient été faites »*⁵⁷². Cet arrêt a confirmé que le manquement au devoir de bonne foi sera caractérisé comme rupture abusive brutale quand le pré-contractant a négocié sans volonté réelle et sérieuse de contracter. À cet égard, il est reconnu, dans la jurisprudence française⁵⁷³ et égyptienne⁵⁷⁴, que l'appréciation du caractère fautif de la rupture relève du pouvoir souverain des juges du fond, c'est-à-dire que les circonstances et les arguments des négociateurs pour la rupture sont des questions de fait sur laquelle la Cour de cassation n'a pas de contrôle. La Cour de cassation égyptienne dans ce sens a affirmé que « *la rupture des négociations n'est pas une*

⁵⁶⁹ Cass. ch. com., 18 septembre 2012, n° 11-19.629, Bull. 2012, IV, n° 163, Juris Data n° 2012-020867 ; Laurent LEVENEUR, *Rupture abusive de pourparlers et préjudice indemnisable*, Contrats Concurrence Consommation, décembre 2012, n° 12.

⁵⁷⁰ Béatrice JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats*, Dalloz, 2001, p.366.

⁵⁷¹ Voir en ce sens, André COHÉRIER, *Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats*, Thèse, Paris, 1939 ; Paul ROUBIER, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, Thèse, Lyon, 1911 ; Arthur HILSENRAD, *Des obligations qui peuvent naître au cours de la préparation d'un contrat*, Thèse, Paris, 1932, p.625.

⁵⁷² C.A. Toulouse, 2^e ch. sect 1, 27 octobre 2010, n° 09/01045.

⁵⁷³ Joanna SCHMIDT, *L'absence de motifs légitimes de rupture de pourparlers entraîne condamnation des auteurs de la rupture et réparation du préjudice subi*, Recueil Dalloz, 1999, p.127.

⁵⁷⁴ Mohamed Abdel Zaher HUSSEIN, *La responsabilité civile délictuelle du contractant*, op.cit., p.99.

*faute en soi, la rupture est un droit, mais les circonstances de la rupture sont ce qui rend la rupture brutale. D'ailleurs, la détermination de la faute brutale est une question de fait soumise au contrôle du juge »*⁵⁷⁵. Enfin, il faut noter que la rupture peut être fautive même si elle résulte d'une simple négligence et même si elle n'a pas de caractère de gravité. Ainsi, tous les comportements qui portent une atteinte aux obligations préexistantes ou aux principes généraux dans la phase précontractuelle sont considérés comme des comportements fautifs et ils entraînent la responsabilité précontractuelle du négociateur coupable⁵⁷⁶. Cela conduit à traiter les comportements les plus courants aux tribunaux, qui sont considérés comme rupture fautive, c'est le cas de l'avancement des négociations précontractuelles, l'absence de motifs légitimes et l'absence de bonne foi.

B : L'avancement des négociations précontractuelles

211. L'étude de la doctrine et la jurisprudence montre que, les négociations précontractuelles avancées⁵⁷⁷ ou très engagés⁵⁷⁸ est un indice chronologique et traditionnel de la faute précontractuelle. L'idée fondamentale pour ce critère est la présence d'une longue durée des négociations. Ainsi, il serait difficile d'y mettre fin sans que cette rupture ne soit fautive. En d'autres termes, plus les négociations précontractuelles sont avancées, plus la conclusion du contrat définitif est proche et plus la liberté précontractuelle des pré-contractants de ne pas conclure se restreint. Selon certains auteurs français et égyptiens⁵⁷⁹

⁵⁷⁵ Cass. civ., 23 mars 1968 n°8, revue des arrêts de la cour de cassation égyptienne, p.642 ; V, aussi en droit égyptien, Mohamed Hassan Kassem, *Les étapes de la négociation dans le contrat*, op.cit., p.197.

⁵⁷⁶ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, op.cit., p.180 ; Voir aussi en droit égyptien, Rajab Karim Abd ALLAH, *La négociation d'un contrat*, op.cit., p.596 ; Hamoud Abd ELAZIZ, *Les aspects juridiques de la phase de négociation*, op.cit., p.87.

⁵⁷⁷ Cass. Com., 20 mars 1972, n° 70-14.154, Bulletin des arrêts cour de Cassation chambre commerciale n°93, p. 90 ; Cass. Com., 18 juin 2002 n°00-15.454, inédit.

⁵⁷⁸ Cass. Com., 22 avril, 1997, n° 94-18.953, inédit.

⁵⁷⁹ Hossam EL Din AL-AHWANI, *Les négociations dans la période précontractuelle*, op.cit., 1996, n° 2.

l'avancement des négociations précontractuelles, est un critère qui consiste à déterminer dans quelle mesure le consentement des pré-contractants était presque formé, c'est-à-dire que les pré-contractants trouvent un accord sur les points les plus importants pour eux. En conséquence, la rupture de ces négociations, ayant duré longtemps et la confiance en la conclusion du contrat définitif devient légitime, peut être considérée comme une faute précontractuelle⁵⁸⁰. Ceci ne veut pas dire qu'il existe à ce stade une obligation de s'accorder définitivement. Ainsi, les négociations précontractuelles prolongées ne signifient pas forcément qu'ils sont avancés. Il se peut au contraire qu'ils piétinent par suite d'un désaccord persistant qui créant un obstacle à la conclusion du contrat projeté. La prolongation excessive des discussions résulte assez souvent de l'impossibilité de trouver un terrain commun. Elle justifie alors la rupture des négociations précontractuelles à condition, toutefois que celle-ci n'intervienne pas soudainement et de façon abusive⁵⁸¹.

212. La question qui se pose donc est, de savoir à partir de quel moment, peut-on considérer que les négociations précontractuelles étaient bien avancées ? Pour répondre à cette question, il faut noter d'abord que, rien n'interdit de considérer que les négociations précontractuelles, tout en n'ayant duré qu'une période relativement brève⁵⁸², peuvent être néanmoins fort avancés. Ceci signifie que dans certains cas les négociations pourront être très avancées et très courtes en même temps⁵⁸³. Mais ce qui compte, est le degré d'avancement des négociations. La jurisprudence⁵⁸⁴ a affirmé que le degré d'avancement des négociations précontractuelles est une considération essentielle, pour expliquer que si ces derniers sont très avancés, la rupture puisse être jugée fautive, sans

⁵⁸⁰ Betty Mercedes MARTINEZ-CARDENAS, *La responsabilité précontractuelle, étude comparative des régimes colombien et français*, op.cit., p.297.

⁵⁸¹ Luiz Fernando KUYVEN, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : Fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation*, op.cit., p.221.

⁵⁸² Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat*, op.cit., n° 170.

⁵⁸³ *Ibid.* n°170.

⁵⁸⁴ Voir sur ce point dans la doctrine égyptienne, Mohamed LOTFI, *La responsabilité civile dans la phase de négociation*, op.cit., p.76.

avoir égard à la relative brièveté des négociations⁵⁸⁵. À cet égard, la jurisprudence française et égyptienne considèrent souvent comme une faute précontractuelle la rupture des négociations précontractuelles avancés ayant atteint un certain temps et un certain degré de confiance mutuelle. Autrement dit, le temps et la durée des négociations apparaissent comme les premiers critères pris en compte par les tribunaux parce que la longueur des négociations est un gage de sérieux. Cela a été confirmé par la Cour d'appel de Riom en affirmant que *« si la liberté de rompre est le principe dans le domaine des relations précontractuelles. Y compris la liberté de rompre à tous moments les pourparlers, il n'en est pas moins vrai que lorsque ces derniers ont atteint en durée et en intensité un degré suffisant pour faire croire légitimement à une partie que l'autre est sur le point de conclure et partant pour l'inciter à certaines dépenses, la rupture est alors fautive ; cause un préjudice et donne lieu à réparation »*⁵⁸⁶. Dans ce sens, la Cour de cassation a jugé que *« le caractère avancé des pourparlers a pu être déduit du fait que les parties avaient continué d'un commun accord les discussions après la caducité d'une promesse synallagmatique de cession dont les conditions suspensives ne s'étaient pas réalisées dans les délais »*⁵⁸⁷. Dans le même contexte, elle a jugé qu'*« une recherche relative au degré d'avancement des pourparlers, que ses constatations rendaient inopérante, que la faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne pouvait être la cause du préjudice consistant dans la perte de chance de réaliser des gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat projeté »*⁵⁸⁸. La Cour de cassation, dans un arrêt récent a confirmé que *« les pourparlers n'étaient pas à un stade suffisamment avancé pour que leur rupture soit qualifiée d'abusive »*⁵⁸⁹. Également, la Cour de cassation égyptienne a jugé comme une faute

⁵⁸⁵ Patrick CHAUVEL, *Consentement*, Dalloz, 2012, n° 226.

⁵⁸⁶ C.A Riom, 10 juin 1992, RTD civ, 1993, p.343, obs. Jacques MESTRE.

⁵⁸⁷ Cass. Com., 18 janvier 2011, n° 09-14.617, inédit ; Voir aussi, CA Versailles 21 décembre 2001, Juris Data n° 99-6470 ; Cass. Com., 18 juin 2002, n° 99-16.488, inédit.

⁵⁸⁸ Cass. 3^e ch. civ., 3 juin 2009, n° 08-16.813 ; Voir aussi, CA Montpellier, ch. 01 B, 16 janvier 2007, n° 06/00504.

⁵⁸⁹ Cass. Com., 16 février 2016, n°13-28.448, inédit, note. Mustapha MEKKI, Gaz. Pal. 2016, n° 34, p.21; Cass. Com., juin 2017, n° 16-14.795, inédit ; Cass. Com., 13 septembre 2017, n° 15-12.178, inédit ; Cass. Com., 7 mars 2018, n° 16-18.060, inédit.

précontractuelle la rupture des négociations précontractuelles avancés en affirmant que si les négociations entre les négociateurs ont été bien avancés et ont duré longtemps, aucun d'entre eux n'a le droit de rompre ces négociations de manière arbitraire ⁵⁹⁰.

§2 : Les critères relatifs aux négociateurs

213. Après avoir examiné les critères relatifs aux négociations précontractuelles, il convient de développer ceux relatifs aux négociateurs. Ces critères liés aux comportements des négociateurs lors de la rupture, peuvent être considérés comme des critères pour qualifier la faute précontractuelle telles que l'absence de motif légitime et la violation du devoir de bonne foi précontractuelle. Il convient de noter avant d'entrer dans les détails que, le premier critère soulève beaucoup de controverse entre les partisans et les opposants, et le second critère porte une grande importance dans la jurisprudence française et égyptienne, bien entendu cette importance va doubler après les modifications récentes au Code civil français. Il convient donc d'axer tout d'abord le premier critère : l'absence de motifs légitimes (A). Puis, on analysera le second critère : l'absence de la bonne foi précontractuelle (B).

A : Absence de motifs légitimes

214. La doctrine classique en France comme en Égypte postule que chaque négociateur a le droit de mettre fin aux négociations précontractuelles à tout moment conformément au principe de la liberté précontractuelle et sans donner de raisons ou justifier cette rupture. Selon certains auteurs, lorsque l'auteur de la rupture des négociations précontractuelles prouve qu'un motif légitime justifie l'échec des négociations, sa responsabilité précontractuelle ne peut jamais être engagée, et la victime de la rupture ne peut pas demander l'indemnisation des préjudices causés par cette rupture justifiée⁵⁹¹. En revanche, selon certains auteurs si le motif invoqué n'est pas un obstacle dans le chemin de la formation du contrat projeté ou que la rupture n'est justifiée par aucune raison acceptable ou légitime,

⁵⁹⁰ Cass. civ., 23 juin 1997, revue des arrêts de la Cour de cassation égyptienne, p.952.

⁵⁹¹ Rajab Karim Abd ALLAH, *La négociation d'un contrat, op.cit.*, p.594.

l'auteur de la rupture se voit contraint à indemniser la victime, conformément à l'obligation de justifier la rupture des négociations précontractuelles⁵⁹².

215. La question qui découle donc est : est-ce-que la motivation de la rupture doit être justifiée et légitime⁵⁹³ ? À partir des solutions jurisprudentielles, on peut trouver une réponse à cette question. D'abord, la jurisprudence n'est pas unanime sur l'obligation de justifier la rupture des négociations précontractuelles⁵⁹⁴. D'une part, la Cour de cassation dans un arrêt précise que lorsque les négociations sont à un stade préliminaire, chacun des négociateurs peut y mettre fin sans avoir à justifier d'une motivation légitime⁵⁹⁵, parce que la rupture, en tant que manifestation de la liberté précontractuelle, n'a pas à être spécialement motivée. Elle n'est que la conséquence de la faculté de chaque négociateur de ne pas poursuivre les négociations pour conclure le contrat proposé⁵⁹⁶, c'est-à-dire qu'il n'existe pas une obligation générale imposée au responsable d'exposer les motifs que l'ont amenés à rompre les négociations précontractuelles. D'autre part, l'absence de motifs légitimes est une des circonstances dont les tribunaux tiennent compte dans certains arrêts⁵⁹⁷ pour caractériser la faute précontractuelle. À titre d'exemple, la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé le 7 janvier 1997 qu' « *après avoir retenu que les pourparlers entre les deux sociétés s'étaient déroulés pendant une longue période,...et que la Banque franco-allemande avait, sans explication, refusé ces trois propositions et, sans motif légitime, rompu brutalement les pourparlers* »⁵⁹⁸. Dans cette affaire, la Cour de cassation a précisé que lorsque des pourparlers très avancés ont conduit l'autre négociateur à croire en la conclusion du contrat

⁵⁹² Jamal Fakir NAKAS, *Les contrats et les avant contrats*, la revue de la Faculté de droit, université Koweït, 1996, p.175.

⁵⁹³ Anthony CHAMBOREDON, *La formation progressive du contrat : étude comparée sur les procédures de la négociation contractuelle*, op.cit., p.249.

⁵⁹⁴ Jacques GHESTIN, *La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers*, op.cit., p.155.

⁵⁹⁵ Cass. Com., 12 janvier 1999, n° 96-14.604, inédit.

⁵⁹⁶ Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat*, op.cit., n° 170.

⁵⁹⁷ V. notamment, Cass. Com., 11 juillet 2000, n° 97-18.275, inédit ; Juris Data, 2000-003185.

⁵⁹⁸ Cass. Com., 7 janvier 1997, n° 94-21.561, inédit.

projeté, la rupture est fautive dès lors qu'elle n'est pas justifiée par un motif légitime. Ceci signifie que le responsable de la rupture doit nécessairement fournir une explication ou justification à la rupture des pourparlers. Cette exigence semble procéder d'une obligation de motiver la rupture, le juge semblant estimer que la rupture des négociations précontractuelles bien avancées mérite au minimum une explication, même si celle-ci est parfaitement subjective⁵⁹⁹. Dans le même sens, la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé le 7 avril 1998 qu' « *en retenant que le fait de laisser espérer à la société Poleval pendant quatre années un accord définitif qui n'a été abandonné selon les propres dires de la société Sandoz que pour des considérations internes au groupe ne mettant aucunement en cause la qualité du produit. Ce dont il résulte que la rupture de pourparlers s'étant étendue sur un temps très long et ayant occasionné de nombreuses études ne tenait aucunement au résultat des dites études et se trouvait dépourvue de motif légitime* »⁶⁰⁰. Mme le professeur Schmidt dans son commentaire sur cet arrêt, a souligné que « *le juge s'arroge désormais un véritable pouvoir de contrôle de la motivation de la rupture, limitant considérablement la liberté contractuelle, sans que l'on aperçoive clairement la justification de ce pouvoir dans des négociations entre professionnels* »⁶⁰¹. Par ailleurs, les juges reconnaissent certains motifs légitimes de rupture qui exonèrent le négociateur qui n'a pas voulu poursuivre les négociations. Par exemple, la Cour de cassation a jugé que, la guerre du Golfe a été considérée comme un cas de force majeure et donc a pu exclure la responsabilité précontractuelle de l'auteur de la rupture⁶⁰². Selon certains auteurs, il existe d'autres raisons objectives en dehors de la force majeure pouvant justifier la rupture des négociations « *l'aléa qui subsiste quant à la conclusion du contrat, le blocage de la négociation, et la*

⁵⁹⁹ Laurent VANDOMME, *La négociation des contrats internationaux*, RDAI, n° 5, 2003, p.494 ; Luiz Fernando KUYVEN, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : Fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation*, op.cit., p.218.

⁶⁰⁰ Cass. ch. com., 7 avril 1998, n° 95-20.361, inédit, D. 1999. 514, note Patrick CHAUVEL ; Voir aussi, Cass, 1^{re} ch. civ., 25 juin 2002, n° 00-17.048, inédit.

⁶⁰¹ Joanna SCHMIDT-SZALEWSKI, *L'absence de motifs légitimes de rupture de pourparlers entraîne condamnation des auteurs de la rupture et réparation du préjudice subi*, op.cit., p.127.

⁶⁰² Cass. 1^{re} ch. civ., 8 décembre 1998, n° 96-17.811, Bull. civ. I, n° 346.

modification notable des prévisions »⁶⁰³. Pourtant, plus récemment, la jurisprudence dominante semble plutôt réticente à l'idée de l'obligation de motiver la rupture. Dans ce sens, la Cour de cassation a jugé le 22 avril 2005 que « *la faute lourde de nature à tenir en échec la limitation d'indemnisation prévue par le contrat type ne saurait résulter du seul fait pour le transporteur de ne pouvoir fournir d'éclaircissements sur la cause du retard* »⁶⁰⁴. De l'avis de certains auteurs à la lumière de la position jurisprudentielle instable, on peut diviser la période des négociations précontractuelles en deux phases. La première lorsque les négociations sont encore au berceau, cela signifie que, l'espoir de la conclusion du contrat n'est pas né entre les négociateurs, le principe est donc la liberté de rupture, sans justifier d'un motif légitime. La deuxième, lorsque les négociations précontractuelles sont très bien avancées, il faut justifier d'un motif légitime de rupture⁶⁰⁵. Enfin, on comprend que, afin d'analyser l'existence d'un motif sérieux ou légitime de rupture, les juges fondent leurs avis sur une interprétation contextuelle et dialectique qui combine les éléments subjectifs et objectifs des négociations précontractuelles⁶⁰⁶ et aussi l'analyse du comportement de l'auteur de la rupture par rapport au négociateur moyen ou raisonnable.

B : Absence de la bonne foi précontractuelle

216. D'après le principe de la liberté précontractuelle de rompre les négociations précontractuelles, chaque négociateur demeure libre de rompre son projet contractuel dès lors qu'il ne le satisfait plus. Pourtant, cette liberté de rompre est tempérée par la bonne foi précontractuelle⁶⁰⁷. Cela signifie que les négociateurs doivent être véritablement animés par la volonté de contracter. Autrement dit, les pré-contractants doivent être sincères et sérieux pendant leurs

⁶⁰³ Anthony CHAMBOREDON, *La formation progressive du contrat : étude comparée sur les procédures de la négociation contractuelle*, op.cit., p.252.

⁶⁰⁴ Cass. ch. mixte., 22 avril, 2005, n° 02-18326, Bull 2005 mixt, n° 3 p.9.

⁶⁰⁵ Marie-Eve PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, op.cit., n° 248.

⁶⁰⁶ Anthony CHAMBOREDON, *La formation progressive du contrat : étude comparée sur les procédures de la négociation contractuelle*, op.cit., p.253.

⁶⁰⁷ Abd El Razaq Al SANHOURI, *Al Waseet, Les sources de l'obligation*, op.cit., p.221 ; Voir aussi, Abdul Halim ABDUL LATIF, *Le principe de bonne foi et son impact sur les actions juridiques, étude comparative*, op.cit., 1997.

négociations. Cette exigence de la bonne foi a pour objectif d'offrir une certaine sécurité juridique aux négociateurs mais également de leur laisser le temps de réflexion pour prendre la décision appropriée, ce qui interdit de rompre brutalement les négociations précontractuelles⁶⁰⁸.

217. Selon la doctrine française⁶⁰⁹ et égyptienne⁶¹⁰ le manquement à la bonne foi représente une faute précontractuelle. Cette tendance était commune, même avant la modification du Code civil français de 2016 qui a souligné que la bonne foi est devenue une obligation précontractuelle. Au motif que la bonne foi est un principe général s'appliquant à toutes les étapes de la formation du contrat sans la nécessité d'un texte juridique. En ce sens, M. le professeur Ghestin observe que, la mauvaise foi est donc classiquement présentée comme la principale source de responsabilité précontractuelle⁶¹¹. L'analyse de la jurisprudence permet de constater que les tribunaux adoptent, l'absence de la bonne foi précontractuelle comme une référence pour caractériser la faute précontractuelle⁶¹². Dans ce sens, la Cour de cassation a sanctionné sur le fondement du principe de bonne foi le caractère brutal de la rupture unilatérale des négociations précontractuelles. Par exemple, la chambre commerciale de la Cour de cassation dans son arrêt du 20 mars 1972, a jugé que « *la société Vilber-Lourmat avait, de propos délibéré, [...] rompu sans raison légitime, brutalement et unilatéralement, les pourparlers avancés ; elle avait ainsi manqué aux règles*

⁶⁰⁸ Luiz Fernando KUYVEN, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : Fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation*, op.cit., p.223.

⁶⁰⁹ Philippe STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, op.cit., n° 121, p.112 ; Claire POITEVIN, *L'avant-contrat en droit des contrats d'auteur*, op.cit., p.178 ; Hugues KENFACK, *La consécration de la confiance comme fondement de la force obligatoire du contrat ?* Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008, p.122.

⁶¹⁰ Voir dans la doctrine égyptienne, EL Saïd BADAWAI, *Vers une théorie générale du principe de la bonne foi dans les transactions civiles*, Thèse, université du Caire, 1989 ; Abed El Halim ELKONY, *La bonne et son impact sur le comportement dans la doctrine islamique et le droit civil*, Dar El Matboat El Gamiya, Alexandrie, 2004.

⁶¹¹ Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, op.cit., n° 330.

⁶¹² Joanna SCHMIDT *La période précontractuelle en droit français*, op.cit., p.550.

de la bonne foi dans les relations commerciales »⁶¹³. Dans un autre arrêt du 22 avril 1997, la même chambre de la Cour de cassation a retenu qu' « *une société, en rompant brutalement et unilatéralement des négociations très engagées, manque aux règles de bonne foi dans les relations commerciales* »⁶¹⁴. Ceci a permis à la chambre commerciale de la Cour de cassation de sanctionner une société qui a manqué de loyauté à l'égard de son partenaire « *la cour d'appel [...] a pu décider que la société Sandoz avait manqué de loyauté à l'égard de la société Poleval lui causant un préjudice* »⁶¹⁵. La Cour de cassation a sanctionné, en matière de cession de droits sociaux les cédants qui ont brutalement mis fin aux négociations précontractuelles « *alors que les discussions étaient très avancées et que les dernières questions encore en suspens devaient faire l'objet d'ultimes négociations, ceux-ci ont manqué à leur obligation de bonne foi* »⁶¹⁶. Cependant, il serait inexact de croire que la faute précontractuelle doit toujours être caractérisée par la mauvaise foi. Il existe de nombreux arrêts qui ont retenu l'existence d'une faute précontractuelle sans faire référence à la notion de mauvaise foi⁶¹⁷.

218. À cet égard, il convient de signaler que, l'article 1104 du Code civil français prévoit dans le chapitre consacré aux principes cardinaux qui régissent le droit des contrats que « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi ; Cette disposition est d'ordre public* ». Ainsi, l'article 1112 prévoit que « *l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi* ». La première observation porte sur la double référence à l'obligation de bonne foi

⁶¹³ Cass. Com., 20 mars 1972, n° 70-14.154, Bull. civ. IV, n° 93; JCP 1973. II. 17543 note Joanna SCHMIDT, RTD civ. 1972. 779 obs. Georges DURRY.

⁶¹⁴ Cass. Com., 22 avril 1997, n° 95-17.664, Bull. civ. IV, n° 98 p.86.

⁶¹⁵ Cass. Com., 7 janvier 1997, n° 94-21.2561, inédit ; V. CA Paris, 3 septembre. 1999, RJDA 1999, n° 1284.

⁶¹⁶ Cass. Com., 13 octobre 2009, n° 08-16.634, inédit ; Voir aussi dans le même sens, Cass. Com., 7 mars 2018, n° 16-18.060, inédit ; Cass. 1^{re} ch. civ., 27 juin 2018, n° 17-15.039, inédit.

⁶¹⁷ Cass. Com., 12 octobre 1993, n° 91-19.456, inédit ; Cass. Com., 22 février 1994, n° 91-18.842. Bull.civ, 1994 IV n° 79, p.61, RTD civ., 1994, p. 849, obs. Jacques MESTRE.

précontractuelle révèle que le législateur français reprend les solutions jurisprudentielles dégagées en la matière et a entendu donner à l'obligation de bonne foi un rôle clé, fondamentale et efficace au degré maximum en droit des contrats surtout au stade de la formation du contrat. La deuxième observation, selon l'article 1112, le principe est toujours la liberté précontractuelle, il s'agit de prendre l'initiative de négocier ou de rompre les négociations. Cependant, cette liberté n'est pas absolue, elle doit satisfaire aux exigences de la bonne foi précontractuelle. Il en résulte que l'absence de bonne foi ou la mauvaise foi de l'auteur dans la rupture peut être considérée comme une faute précontractuelle et elle devient source de sa responsabilité précontractuelle. En application de cet article, les juges du fond doivent pouvoir apprécier souverainement la mauvaise ou bonne foi de l'un des négociateurs parce qu'il s'agit d'une question de fait. De plus, la notion de la bonne foi précontractuelle se fonde sur l'état d'esprit de l'auteur de la rupture. Les juges se réfèrent plus volontiers au comportement du négociateur. Il suffit de façon moins psychologique, de démontrer que l'auteur de la rupture a adopté une attitude objectivement critiquable, contraire à celle que l'on est en droit d'attendre de tout bon ou moyen négociateur⁶¹⁸. En dernière analyse, il est attendu que l'exigence de bonne foi précontractuelle va constituer la meilleure arme dans les mains des juges, en particulier en présence de textes dans le Code civil, pour sanctionner la rupture des négociations précontractuelles⁶¹⁹. Par conséquent, il est préférable pour le législateur égyptien de suivre l'exemple de son homologue français et d'adopter les deux textes dans son Code civil.

Section 2 : Les autres conditions de mise en œuvre de la responsabilité précontractuelle

219. Une fois surmontées, les difficultés liées à l'identification de la faute précontractuelle en tant que première condition de la responsabilité précontractuelle, il faut maintenant examiner les deux autres conditions, le préjudice précontractuel et le lien de causalité précontractuel, parce qu'on ne peut parler de la responsabilité précontractuelle sans la réunion de ces trois conditions

⁶¹⁸ Bertrand FAGES, *Le comportement du contractant*, presses universitaires d'Aix-Marseille, P.U.A.M.1997, n° 573.

⁶¹⁹ Philippe LE TOURNEAU, *La rupture des négociations*, *op.cit.*, p.479.

qui en constituent la véritable structure. Donc, le négociateur qui demande des dommages-intérêts doit prouver l'existence de chaque condition de la responsabilité précontractuelle. Pourtant, ces conditions ont suscité la controverse parmi les auteurs et les tribunaux en raison de la difficulté de répondre à certaines questions telles que, la détermination du préjudice précontractuel, l'étendue de ce préjudice précontractuel et les difficultés doctrinale et jurisprudentielle afin de déterminer le lien de causalité précontractuelle et les caractères de ce lien de causalité. Afin de répondre à ces questions et d'autres il convient d'abord d'examiner le préjudice précontractuel (Sous-section 1). Ensuite, il faut aborder le lien de causalité précontractuel (Sous-section 2).

Sous-section 1: Le préjudice précontractuel

220. Bien souvent, la rupture abusive des négociations précontractuelles peut conduire à un préjudice indemnisable au profit de la victime de cette rupture. D'après les règles générales de la responsabilité précontractuelle la victime de la rupture, pour être indemnisée, doit prouver qu'elle a subi un préjudice précontractuel en rapport avec la faute précontractuelle. Pourtant l'identification de ce préjudice précontractuel constitue, toujours, un sujet de discussion de la doctrine et de la jurisprudence en France et en Égypte surtout en ce qui concerne, la notion et les caractères de préjudice précontractuel aussi bien que la détermination des dommages-intérêts. Il convient d'abord d'examiner la détermination du préjudice précontractuel (§1), avant d'en apprécier plus précisément l'étendue du préjudice précontractuel réparable (§2).

§1 : La détermination du préjudice précontractuel

221. En vue de déterminer le préjudice précontractuel, il est primordial d'aborder deux questions très importantes : la notion et les caractères du préjudice précontractuel à la lumière des règles générales de la responsabilité civile délictuelle en droit français et égyptien, en raison de l'absence des textes au sujet du préjudice précontractuel. Il convient donc d'axer tout d'abord la notion de préjudice précontractuel (A), avant de voir les caractères du préjudice précontractuel (B).

A : La notion de préjudice précontractuel

222. En premier lieu, il convient de rappeler que la doctrine n'opère pas de différence, entre la notion de préjudice et la notion de dommage⁶²⁰. La plupart des auteurs français et égyptiens emploient indifféremment les deux termes qu'ils considèrent comme synonymes⁶²¹. Pourtant, on partage le point de vue de certains auteurs préférant employer le terme préjudice parce qu'il constitue une mesure sans doute plus neutre et stable⁶²². Dès lors, le terme de préjudice en général signifie que « *toute lésion d'un intérêt d'ordre patrimonial ou extrapatrimonial subie par une personne, et pouvant consister en une perte ou en un gain manqué* »⁶²³. À en croire un autre auteur, le préjudice « *est la conséquence de la lésion, apparaît comme l'effet, ou la suite du dommage* »⁶²⁴. Ainsi, comme l'a écrit un auteur, le préjudice désigne l'atteinte à un intérêt reconnu et protégé par le droit et le préjudice manifeste ses conséquences pour le demandeur⁶²⁵. Dans le même sens, le projet Terré a défini le préjudice à l'article 8 comme étant « *toute atteinte certaine à un intérêt de la personne reconnu et protégé par le droit* ». Également, le projet Catala a défini le préjudice dans son article 1343 qui dispose qu'« *est réparable tout préjudice certain consistant dans la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extra-patrimonial, individuel ou collectif* ». Il convient de remarquer que le projet de réforme de la responsabilité civile, présenté le 13 mars 2017 a adopté le point de vue de Catala dans son article 1235 qui prévoit qu'« *est*

⁶²⁰ Andrea CATALDO Audrey PÜTZ (dir.), *Trois conditions pour une responsabilité civile*, Anthemis, 2016, p.51.

⁶²¹ Jean CARBONNIER, *Droit civil les obligations, op.cit.*, p.2269 ; Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, 3^e éd., LGDJ, 2006, p.3.

⁶²² Yvonne LAMBERT-FAIVRE, Stéphanie PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel, systèmes d'indemnisation*. Dalloz, 8^e éd, 2016, p.141 et s ; Caroline GUILLEMAIN, *Le trouble en droit privé*, Thèse, Bordeaux 4, 2000, n° 54.

⁶²³ Philippe BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 4^e éd, Lexis Nexis, 2016, n° 176, p.119.

⁶²⁴ Yvaine BUFFELAN-LANORE, Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Les obligations, op.cit.*, p.729.

⁶²⁵ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, *op.cit.*, p.145.

réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage et consistant en la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial ». On espère que le législateur français et son homologue égyptien adopteront le présent texte afin de résoudre le conflit doctrinal en ce qui concerne la détermination de la notion du préjudice général et le préjudice précontractuel. En deuxième lieu, selon la théorie générale de la responsabilité civile en droit français et en droit égyptien, le préjudice représente un élément vital et l'une des conditions de la responsabilité civile, parce que si la faute ne cause aucun dommage, on ne peut pas parler de compensation⁶²⁶. En troisième lieu, à la lumière de ce qui précède il convient de confirmer que l'existence d'un préjudice précontractuel est une condition nécessaire pour qu'un pré-contractant soit rendu responsable d'une faute précontractuelle⁶²⁷. Selon certains auteurs, le préjudice précontractuel « *est celui qui résulte de l'échec des pourparlers précontractuels et, en général, il est un préjudice matériel consistant dans une perte pécuniaire, auquel peut s'ajouter un préjudice moral, ainsi que le gain manqué par le partenaire victime de la rupture* »⁶²⁸. On peut noter que le préjudice précontractuel est tout dommage causé à l'un des négociateurs au cours de la période précontractuelle et doit être compensé, à condition de l'existence de certains caractères. Cela conduit à la nécessité d'identifier les caractéristiques du préjudice précontractuel.

B : Les caractères du préjudice précontractuel indemnisable

223. La responsabilité précontractuelle ne peut être mise en jeu qu'en cas de préjudice précontractuel et c'est au demandeur de présenter la preuve de ce préjudice. Il est convenu que les préjudices peuvent être entièrement compensés si certains caractères sont disponibles. Ces caractères du préjudice qui se produit dans la phase de formation du contrat, sont régulièrement rappelés par la jurisprudence et par la doctrine française ⁶²⁹et égyptienne⁶³⁰. Dès lors, pour

⁶²⁶ Soliman MORCOS, *Al Wafi (L'explication détaillée) Pour expliquer le droit civil, La théorie générale des obligations, op.cit.*, p.134.

⁶²⁷ Luiz Fernando KUYVEN, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : Fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation, op.cit.*, p.265.

⁶²⁸ Joanna SCHMIDT, *La période précontractuelle en droit français, op.cit.*, p.554.

⁶²⁹ Olivier DESHAYES, *Les dommages précontractuels, op.cit.*, p.188.

donner lieu à réparation, le préjudice précontractuel doit être certain⁶³¹ (1) direct (2) et personnelle (3).

1 : Le caractère certain du préjudice précontractuel

224. La première caractéristique à respecter selon la doctrine et la jurisprudence française et égyptienne, est que le préjudice réparable doit être certain. Traditionnellement, dans l'opinion doctrinale en France comme en Égypte le préjudice n'est réparé que si la perte est certaine⁶³². Par la même logique, la certitude du préjudice précontractuel est facile à admettre à propos de la perte subie, puisqu'elle constitue un dommage déjà réalisé⁶³³. Cela veut dire qu'un préjudice déjà subi et qui être prouvé à un caractère certain, tel est le cas pour les frais engagés pour l'éventuelle conclusion du contrat proposé. Dès lors, le préjudice précontractuel doit être certain. Dans ce contexte, les projets de réforme Catala et Terré posent nettement une condition de certitude du préjudice à l'article 1343 du projet Catala qui dispose qu' « (...) *est réparable tout préjudice certain* », et l'article 8 du projet Terré qui prévoit que « (...) *constitue un dommage toute atteinte certaine* ». Il convient de rappeler que le projet de réforme de la responsabilité civile, présenté le 13 mars 2017 a adopté le point de vue de Catala dans son article 1235 qui dispose qu' « *est réparable tout préjudice certain (...)* ». Cela indique clairement l'intention du législateur français de confirmer cette caractéristique dans un texte précis. Il faut souligner que, la certitude peut aussi s'étendre aux préjudices futurs, en d'autres termes, si le préjudice futur peut être indemnisé, il est donc certain. Dans ce sens, il convient de noter que l'article 1345 de projet Catala dispose que « *le préjudice futur est réparable lorsqu'il est la prolongation certaine et directe d'un état de chose actuelle (...)* ». Le projet de réforme de la responsabilité civile, présenté le 13 mars 2017 a adopté le point de vue de Catala dans son article 1236 qui dispose que « *le préjudice futur est*

⁶³⁰ Mohamed Labib SHANAB, *Les leçons de la théorie générale des obligations*, op.cit., p.19.

⁶³¹ Cass. 2^e ch. civ., 16 avril 1996, n° 94-13.613, Bull.civ, II n° 94 p.59.

⁶³² Gaylor RABU, *Droit des obligations*, Ellipses, 2017, p.312 ; Rajab Abd El Karim Abd ALLAH, *La négociation d'un contrat*, op.cit., p.594 ; Voir en ce sens dans la jurisprudence égyptienne, la Cour de cassation égyptienne, 4 décembre 1994, n° 45.1525.287.

⁶³³ Joanna SCHMIDT, *La période précontractuelle en droit français*, op.cit., p.554.

réparable lorsqu'il est la prolongation certaine et directe d'un état des choses actuelles ». On espère que le législateur français et son homologue égyptien adopteront le présent texte afin de résoudre le conflit doctrinal en ce qui concerne le préjudice futur. Il ne faut pas oublier que la preuve de la certitude du préjudice précontractuel incombe à la victime et l'appréciation du préjudice doit se faire au moment de la demande⁶³⁴.

2 : Le caractère direct du préjudice précontractuel

225. La deuxième caractéristique à respecter selon la doctrine et la jurisprudence française et égyptienne est que le préjudice réparable soit direct⁶³⁵. Cela signifie que, le préjudice doit donc être le résultat direct de la faute délictuelle⁶³⁶. D'une part, la doctrine égyptienne et française ont constaté que le caractère direct du préjudice représente une véritable continuation de la condition du lien de causalité entre la faute du coupable et le préjudice de la victime⁶³⁷. En ce sens, les articles 1240⁶³⁸, 1241⁶³⁹ et 1242⁶⁴⁰ du Code civil français et l'article 163 du Code civil égyptien⁶⁴¹ exigent que le fait préjudiciable soit la cause

⁶³⁴ Luiz Fernando KUYVEN, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : Fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation*, op.cit., p.267.

⁶³⁵ Philippe Le TOURNEAU, Cyril BLOCH, André GIUDICELLI, Christophe GUETTIER, Jérôme JULIEN, Didier KRAJESKI, Matthieu POUMAREDE, *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, op.cit., n° 3112.65, p.1130 ; Cass. 2^e ch. civ., 4 juillet 2013, n°12-24.164 ; Voir aussi dans la doctrine égyptien, Abd El Razaq Al SANHOURI, *Al Waseet, La théorie générale de l'obligation, tome 1, la responsabilité délictuelle*, op.cit., p.717.

⁶³⁶ La Cour de cassation égyptienne, 27 mars 2005, n° 73.2854.

⁶³⁷ Abd El Razaq Al SANHOURI, *Al Waseet, La théorie générale de l'obligation*, op.cit., n° 18, p.130.

⁶³⁸ Art 1240 « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

⁶³⁹ Art 1241 « *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence* ».

⁶⁴⁰ Art 1242 aliéna 1 « *On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde* ».

⁶⁴¹ Art 163 « *Toute faute qui cause un dommage à autrui oblige celui qui l'a commise à le réparer* ».

génératrice du dommage, ou que la chose ait eu une place décisive dans la réalisation du préjudice. Il est important aussi de noter que le projet de réforme de la responsabilité civile, présenté le 13 mars 2017 a indiqué le caractère direct du préjudice dans son article 1325 qui dispose qu' « *est réparable tout préjudice (...) résultant d'un dommage* ». D'autre part, selon les règles générales on peut confirmer que, le préjudice précontractuel est directement relié à la faute précontractuelle. En conséquence, il est aisé d'imaginer que dans la période précontractuelle, la rupture fautive des négociations précontractuelles ou le manque de bonne foi précontractuelle produira un préjudice précontractuel direct au négociateur victime. Il convient de mentionner que cette caractéristique se réfère indirectement au lien de causalité précontractuelle, car elle est rattachée à l'acte illicite imputé au responsable précontractuel⁶⁴².

3 : Le caractère personnel du préjudice précontractuel

226. Le préjudice précontractuel doit être personnel, cela signifie que le négociateur victime de la rupture abusive des négociations précontractuelles, doit prouver que son intérêt personnel a été lésé, pour demander en son nom propre la réparation du dommage subi⁶⁴³. Autrement dit, pour être réparable, le préjudice précontractuel doit être personnel au demandeur, que celui-ci soit une personne physique ou morale. Seul le négociateur victime ou son représentant qui a subi le dommage peuvent en réclamer la réparation, les tiers ne le peuvent pas. En revanche, le caractère personnel du préjudice doit être entendu au sens large, en ayant compétence dans la réparation des dommages collectifs. Cela nous permet de comprendre pourquoi certaines personnes morales sont admises à agir en réparation lorsque le préjudice porte atteinte à des intérêts collectifs de leurs membres.

227. En pratique, le préjudice direct souffert par une personne peut être la source d'un préjudice personnel pour autrui (les victimes indirectes ou les

⁶⁴² Il semble préférable d'aborder ce caractère en détail lorsqu'on traitera le lien de causalité.

⁶⁴³ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, op.cit., p.165.

victimes par ricochet)⁶⁴⁴. La question qui se pose est : les victimes par ricochet d'un préjudice précontractuel peuvent-elles demander une indemnisation ? On n'a pas trouvé de réponse à cette question dans la doctrine et la jurisprudence en France ou en Égypte⁶⁴⁵. On va donc essayer d'y répondre à la lumière des règles générales du caractère personnel du préjudice. D'abord, le préjudice par ricochet est défini comme étant « *le nom donné au préjudice ou ensemble des chefs de préjudice moral ou pécuniaire subi par des personnes liées par l'affection ou la profession à la victime directe du dommage* »⁶⁴⁶. Ensuite, le principe, selon certains auteurs « *toute personne qui prouve avoir souffert un dommage personnel par contrecoup de celui qui a frappé la victime initiale peut en obtenir réparation* »⁶⁴⁷. Dans le même contexte, la jurisprudence a accepté d'y voir un préjudice subi personnellement par la victime par ricochet et par conséquent, de lui reconnaître une véritable autonomie par rapport au dommage subi par la victime immédiate⁶⁴⁸. Par conséquent, tous les négociateurs peuvent être victimes d'un préjudice précontractuel par ricochet⁶⁴⁹. Ils peuvent également demander une indemnisation, du fait que le préjudice précontractuel est soumis, à fortiori, aux règles générales du caractère personnel.

228. Enfin, le préjudice précontractuel doit évidemment respecter toutes les autres conditions d'un préjudice. Comme la licéité du préjudice, si le préjudice précontractuel est fondé sur une situation illicite il ne sera pas réparable, parce qu'il est injuste d'admettre la réparation des dommages subis à l'occasion des activités ou des situations illicites ou par des victimes jugées moralement indignes

⁶⁴⁴ Geneviève VINEY, *L'autonomie du droit à réparation de la victime par ricochet par rapport à celui de la victime initiale*, 1974, Recueil Dalloz, p.3 et s.

⁶⁴⁵ Mohamed Abdel Zaher HUSSEIN, *La responsabilité civile délictuelle du contractant*, *op.cit.*, p.111.

⁶⁴⁶ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op.cit.*, p.790.

⁶⁴⁷ Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN, Suzanne CARVAL, (dir.), Jacques GHESTIN, *Les conditions de la responsabilité*, *op.cit.*, n° 309, p.212.

⁶⁴⁸ Cass. 1^{er} ch. civ., 4 novembre 1986, n° 85-11.972.

⁶⁴⁹ Mireille BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil, Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, *op.cit.*, p. 541.

de recevoir une indemnisation⁶⁵⁰. Par ailleurs, le préjudice précontractuel doit être légitime, c'est-à-dire que les préjudices précontractuels découlant d'une activité illégale ne peuvent être indemnisés. Il pourrait s'agir par exemple, d'une rupture abusive des négociations dans l'élaboration d'un contrat de vente de drogues⁶⁵¹. Compte tenu de ce qui précède, on peut en conclure que le préjudice précontractuel est soumis aux règles générales du préjudice normal. Dans ce sens, Mme le professeur Schmidt estime que « *le dommage précontractuel ne présente pas d'originalité par rapport à celui ordinairement réparable dans le cadre de la responsabilité délictuelle* »⁶⁵².

§2 : Étendue du préjudice précontractuel réparable

229. En principe, il est admis que le pré-contractant victime a le droit à une indemnisation s'il a subi des dommages au cours de la formation d'un contrat fondé sur la responsabilité délictuelle, ce principe ne pose pas de difficultés. Mais ce qui soulève la controverse est l'étendue du préjudice précontractuel, car il faut déterminer quel dommage peut être compensé et celui qui ne peut l'être. Pour cette raison, l'étendue du préjudice précontractuel a fait l'objet d'importantes hésitations jurisprudentielles et doctrinales. De manière schématique, le préjudice précontractuel peut se décomposer en deux catégories, les pertes subies à l'occasion des négociations qui n'ont pas atteint le stade de la conclusion du contrat définitif (les négociations avortées) et les gains manqués liés non seulement à l'abandon du contrat projeté, mais également à l'occasion manquée de conclure un contrat avec un tiers⁶⁵³. Par conséquent, il convient d'examiner la perte subie (A), avant de s'intéresser au gain manqué (le problème de la perte d'une chance) (B).

⁶⁵⁰ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, op.cit., p.147.

⁶⁵¹ Valérie BLANC, *La responsabilité précontractuelle*, op.cit., p.104.

⁶⁵² Joanna SCHMIDT, *La période précontractuelle en droit français*, op.cit., p.554.

⁶⁵³ Claire POITEVIN, *L'avant-contrat en droit des contrats d'auteur*, op.cit., p.187.

A : La perte subie

230. Pour mieux comprendre le problème de la perte subie il faut déterminer la signification exacte de ce terme, en d'autres termes quelle est son étendue ? Il ne faut pas oublier que la doctrine et la jurisprudence ont ainsi longtemps admis la réparation de tous les frais engagés pendant la phase de négociations précontractuelles. Mais cette situation n'a pas duré longtemps parce que la doctrine et la jurisprudence ont changé leur position sur cette question en France comme en Égypte. Ainsi, il convient ici d'aborder précisément la détermination de la perte subie (1), avant de s'intéresser à l'évolution de la position doctrinale et jurisprudentielle au sujet de la perte subie (2).

1 : La détermination de la perte subie

231. La période de négociations est très complexe et elle peut prendre un certain temps donc, lors de cette période les négociateurs peuvent engager des frais substantiels en vue d'arriver à la conclusion du contrat projeté. Pourtant, le montant des frais effectués par les négociateurs ne garantit pas en aucune façon la conclusion du contrat définitif, en raison de la liberté précontractuelle et l'incertitude qui gouvernent les négociations. Donc, les dépenses et les pertes survenues au cours des négociations précontractuelles restent, en principe, à la charge de chacun des négociateurs. Certes, un négociateur professionnel connaît les risques de rupture de négociations et les intègre dans ses prévisions financières mais sans aucun doute il n'entend pas accepter les préjudices qui résultent de la rupture fautive.

232. La perte subie du fait de la rupture fautive des négociations précontractuelles consiste « *généralement dans les investissements engagés par le négociateur qui a cru légitimement en l'issue favorable des pourparlers, les dommages tenant à la divulgation de certaines informations confidentielles, le préjudice moral, le préjudice concurrentiel et les frais engagés inutilement par la*

*« négociateur victime »*⁶⁵⁴. Ces derniers frais relèvent généralement deux catégories distinctes⁶⁵⁵ : la première catégorie est appelée les frais de négociation ou les frais de négociations proprement dites. Dans cette catégorie se retrouvent tous les frais réalisés et toutes les dépenses effectuées pendant les négociations en vue de conclure le contrat projeté, tel que le temps passé à l'élaboration du projet de contrat⁶⁵⁶, les frais de déplacements⁶⁵⁷ et de réunions, les coûts liés à l'aménagement des locaux⁶⁵⁸, les coûts de recrutement de personnel,⁶⁵⁹ les frais de l'acquisition de matériel ou de biens, et d'intervention de tiers spécialisés (les experts, les techniciens, les scientifiques, les avocats, etc.)⁶⁶⁰. Ces frais sont normaux dans toutes les négociations précontractuelles avancées⁶⁶¹. Ce sont des dépenses qui s'imposent habituellement quand l'un des négociateurs croit à la conclusion du contrat proposé, mais sa confiance légitime est trompée par l'autre⁶⁶². En somme, ces frais peuvent être multiples, ils dépendent de la nature spécifique de chaque transaction et des exigences demandées afin d'obtenir le contrat projeté. La deuxième catégorie regroupe les frais liés à la rupture des négociations précontractuelles. Ils portent le nom de frais de rupture⁶⁶³ ou frais post-rupture il existerait des dépenses effectuées ou des pertes subies à cause de la

⁶⁵⁴ Jean-Marc MOUSSERON, *Technique contractuelle*, Paris, Francis Lefebvre 2^e éd, 1999, n° 1239, p.119. (Il convient de noter que ce point de vue n'a pas été mentionné par l'auteur dans la dernière édition de son ouvrage en 2017) .

⁶⁵⁵ Olivier DESHAYES, *Les dommages précontractuels*, *op.cit.*, p.187.

⁶⁵⁶ C.A. Lyon, 24 juillet 2002, *Juris Data*, n° 2002-193214.

⁶⁵⁷ Cass. Com., 20 mars 1972, n° 70-14.154, *Bull.com*, n° 93 p.90, *JCP* 1973. II. 17543, note Joanna SCHMIDT.

⁶⁵⁸ Cass. Com., 12 octobre 1993, n° 91-19.456, inédit.

⁶⁵⁹ C.A. Versailles, 8 mars 1985, *Juris Data*, n° 1985-041111.

⁶⁶⁰ C.A. Lyon, 6 juin 2002, *Juris Data*, n° 2002-184338 ; C.A. Paris, 17 janvier 2003, *Juris Data*, n° 2003-211449.

⁶⁶¹ Francisco Augusto PIGNATTA, *La phase précontractuelle sous l'empire de la Convention de Vienne sur la vente internationale et des droits français et brésilien*, *op.cit.*, p.132.

⁶⁶² Cass. Com., 12 octobre 1993, n° 91-19456, inédit ; Cass. Com., 11 juillet 2000, n° 2000-003185 ; C.A. Versailles, 8 mars 1985, *Juris Data*, n° 1985-041111 ; C.A. Riom, 2 Octobre 2002, *Juris Data*, n° 2002-192849 ; C.A. Toulouse, 27 Novembre 2000, *Juris Data*, n° 2000-135127.

⁶⁶³ Cette division a été proposée par Olivier DESHAYES dans son article, *Les dommages précontractuels*, *op.cit.*, p.188.

rupture fautive des négociations. Il s'agit, par exemple, des frais provoqués par la nécessité de recourir à un financement à la suite de l'échec des négociations précontractuelles⁶⁶⁴, les frais liés à la nécessité de trouver un nouveau négociateur au lendemain de la rupture, les dépenses liées à la nécessité de recourir en catastrophe aux services plus coûteux d'un tiers.

2 : L'évolution de la position doctrinale et jurisprudentielle au sujet de la perte subie

233. La doctrine et la jurisprudence en France et en Égypte restent assez divisées sur la question de savoir quels frais engagés en vue de la conclusion du contrat peuvent être indemnisés⁶⁶⁵. En premier lieu, la doctrine majoritaire⁶⁶⁶ ainsi que la jurisprudence française et égyptienne estiment que, toutes les pertes subies (les frais de négociation et les frais de rupture) doivent être indemnisés⁶⁶⁷ sans discrimination. De l'avis des auteurs égyptiens, tous les frais sont considérés comme une perte réelle pour le négociateur victime, donc il doit être indemnisé, à condition, toutefois que les frais soient raisonnables⁶⁶⁸. En d'autres termes, l'auteur de la rupture est seulement responsable tous les frais raisonnables et ne doit pas être responsable des dépenses exagérées ou extravagantes. En ce sens, la Cour de cassation égyptienne a décidé que l'estimation du caractère raisonnable des frais et la détermination du montant de l'indemnisation relèvent de

⁶⁶⁴ C.A. Lyon, 4 mars 1994, Juris Data, n° 1994-043277.

⁶⁶⁵ Voir en ce sens, Philippe LE TOURNEAU, *La rupture des négociations*, *op.cit.*, p.479 ; Jacques MESTERE, *Des négociations parallèles au projet commun*, RTD civ.1992, p.752.

⁶⁶⁶ Philippe Le TOURNEAU, Cyril BLOCH, André GIUDICELLI, Christophe GUETTIER, Jérôme JULIEN, Didier KRAJESKI, Matthieu POUMAREDE, *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, *op.cit.*, n° 3112.65, p.1130 ; François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op.cit.*, n° 597, p.649 ; Pierre MOUSSERON, *Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle*, *op.cit.*, p.264 ; Anne DANIS-FATÔME, *Apparence et contrats*, Thèse, Paris, LGDJ, 2002, n° 807.

⁶⁶⁷ C.A. Toulouse, ch. 02 sect. 02, 16 décembre 2008, n° 07.04730.

⁶⁶⁸ Rajab Karim Abd ALLAH, *La négociation d'un contrat*, *op.cit.*, p.624.

l'appréciation souveraine des juges du fond⁶⁶⁹. Dans le même contexte, Mme le professeur Schmidt note que, l'auteur de la rupture des négociations précontractuelles, dont la faute précontractuelle a été établi, doit indemniser la victime de la rupture de tous ses frais « *même en absence de la faute précontractuelle* »⁶⁷⁰, parce que, le but de l'indemnisation précontractuelle est de replacer la victime non pas dans l'état où elle se serait trouvé si le contrat avait été conclu, ni dans l'état où elle se serait trouvé si les négociations n'avaient jamais eu lieu, mais dans l'état où elle se serait trouvé si la rupture des négociations précontractuelles n'avait pas été fautive⁶⁷¹. Dans ce sens, la Cour de cassation égyptienne dans une affaire a confirmé la nécessité de l'indemnisation de tous les frais de négociation et les frais de rupture où deux négociateurs étaient entrés en négociation afin de créer une société de production de CD musique au Caire. Donc, (X) a voyagé en Europe pour choisir et acheter les équipements et machines requises. À son retour en Égypte, il a trouvé que son négociateur (Y) a rompu les négociations de façon soudaine. Il a été prétendu qu'il n'est pas responsable, du fait que le contrat définitif n'a pas été conclu. Mais la Cour de cassation a décidé que la victime de la rupture des négociations devait être indemnisée des tous les frais, car ces frais représentent un dommage certain, même si les négociateurs savent que la conclusion du contrat définitif n'est pas certaine et qu'ils engagent tout de même des frais, parce qu'ils ont l'espoir de la conclusion du contrat. Par conséquent, ils assument le risque à l'avance au moment du début des négociations sur le fondement de la théorie du risque⁶⁷². En deuxième lieu, la doctrine n'est certes pas unanime, certains auteurs s'opposant à cette thèse⁶⁷³ en affirmant que « *les frais n'auraient pas à être toujours indemnisés. Ils ne doivent*

⁶⁶⁹ Abd El Razaq Al SANHOURI, *Al Waseet, La théorie générale de l'obligation, Le contrat, op.cit.*, p.686 ; Ramadan Mohammed ABU EL SAUD, *La théorie générale de l'obligation, op.cit.*, p.360.

⁶⁷⁰ Joanna SCHMIDT, *La période précontractuelle en droit français, op.cit.*, p.554.

⁶⁷¹ Claire POITEVIN, *L'avant-contrat en droit des contrats d'auteur, op.cit.*, p.190 ; Valérie BLANC, *La responsabilité précontractuelle, op.cit.*, p.105.

⁶⁷² Cass. civ., 27 janvier 1966, revue des arrêts de la Cour de cassation égyptienne, p.182 ; Cass. civ., 29 avril 1965, revue des arrêts de la Cour de cassation égyptienne, p.537.

⁶⁷³ Patrick CHAUVEL, *Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle*, Recueil Dalloz 1999, p.514.

figurer dans le dommage réparable qu'à la condition d'être liés à la faute, c'est-à-dire ici aux seules circonstances qui ont accompagné ou qu'a révélées la rupture »⁶⁷⁴, ceci signifie que la faute précontractuelle est la cause de toutes les dépenses, car en l'absence de faute précontractuelle, aucun frais n'aurait été engagé. Cela a conduit certains auteurs en France⁶⁷⁵ et en Égypte⁶⁷⁶ à approuver une certaine restriction à la compensation de tous les frais engagés lorsqu'ils ont été subis par un professionnel⁶⁷⁷. Selon eux le négociateur professionnel ne pourra pas en effet réclamer l'indemnisation des frais de négociation vu que, ces frais constituent les frais généraux et habituels du négociateur professionnel⁶⁷⁸. Pourtant, la doctrine moderne et la jurisprudence en France contredit cette distinction entre le négociateur professionnel et le négociateur non-professionnel⁶⁷⁹. Il semble qu'il est préférable que la doctrine et la jurisprudence égyptienne adoptera cette position française moderne, parce qu'il n'y a pas de différence entre la victime professionnelle et non-professionnelle.

B : Le gain manqué (le problème de la perte d'une chance)

234. La question de la perte d'une chance a également évolué dans la doctrine et la jurisprudence française et égyptienne. Elle est l'une des questions les plus polémiques et a soulevée beaucoup de controverses et de débats entre les auteurs. Donc, il convient d'examiner les étapes de son évolution, et également de discuter les points de vue des partisans et des opposants de l'indemnisation de la perte d'une chance. Pour mieux cerner la problématique de la perte de chance on procédera en premier lieu à l'examen du point de vue des partisans de l'indemnisation de la perte d'une chance (1). Pour ensuite exposer l'abandon doctrinale et judiciaire de l'indemnisation de la perte d'une chance (2).

⁶⁷⁴ Olivier DESHAYES, *Les dommages précontractuels*, op.cit., p.187.

⁶⁷⁵ Joanna SCHMIDT, *La période précontractuelle en droit français*, op.cit., p.554.

⁶⁷⁶ Hamoud Abd ELAZIZ, *Les aspects juridiques de la phase de négociation*, op.cit., p.96.

⁶⁷⁷ Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, op.cit., n° 330.

⁶⁷⁸ Olivier DESHAYES, *Les dommages précontractuels*, op.cit., p.187.

⁶⁷⁹ Cass. Com., 7 janvier 1997, n° 94-21.561, inédit ; Cass. Com., 22 avril 1997, n° 94-18.953, inédit.

1 : Les partisans de l'indemnisation de la perte d'une chance

235. D'abord, le gain manqué⁶⁸⁰ représente la totalité des bénéfices financiers et commerciaux que la victime de la rupture avait espérés obtenir dans le cas de la conclusion du contrat proposé. Autrement dit, le gain manqué est la conséquence d'une hypothèse dans laquelle on évalue la perte de chance du négociateur lésé en la remplaçant dans la situation qui aurait été la sienne s'il n'avait pas commencé les pourparlers ou en compensant ce qu'il a perdu du contrat non conclu⁶⁸¹. Le gain manqué donc, ayant son origine dans une rupture des négociations précontractuelles, peut se présenter en deux hypothèses. Dans la première hypothèse, la rupture peut empêcher un négociateur de contracter avec un tiers (la perte de chance de conclure un contrat avec les tiers)⁶⁸². Cela peut arriver si un négociateur négocie l'achat d'un bien pour pouvoir le revendre à un tiers avec des profits. Ce type de réparation suppose que la victime n'ait pas trouvé rapidement un nouveau négociateur et apporte une preuve suffisante de la probabilité dans laquelle il était de contracter avec autrui. Selon la position classique, ce type de préjudice précontractuel ne présente pas de difficultés d'ordre théorique, parce la majorité des opinions de la doctrine et la jurisprudence est favorable à l'indemnisation⁶⁸³.

236. La deuxième hypothèse, la rupture peut priver un négociateur des bénéfices qu'il aurait pu avoir en vertu de la conclusion du contrat envisagé par les négociations précontractuelles (la perte des bénéfices qu'aurait procurée le contrat proposé). Cette dernière ne se présente plus comme un préjudice indemnisable, parce qu'il y a une divergence opposée dans la doctrine et la jurisprudence française et égyptienne quant au caractère indemnisable ou pas du préjudice résultant de la perte d'une chance de conclure le contrat envisagé. Ceci signifie qu'il y a quelque paradoxe à admettre de réparer ce type de préjudice

⁶⁸⁰ Voir sur ce sujet, Alexis ALBARIN, *De la perte de confiance légitime en droit contractuel, essai d'une théorie*, Mare & Martin, 2012.

⁶⁸¹ Valérie BLANC, *La responsabilité précontractuelle*, *op.cit.*, p.111.

⁶⁸² Joanna SCHMIDT, *La période précontractuelle en droit français*, *op.cit.*, p.554.

⁶⁸³ La Cour de cassation égyptienne, 14 mars 1985, n° 36.403.86 ; La cour de Cassation égyptienne, 30 novembre 1995, n° 46.1285.251.

précontractuel. Selon certains auteurs français⁶⁸⁴ et égyptiens⁶⁸⁵, il est possible parfois d'admettre la réparation des gains manqués, surtout lorsqu'au moment où la rupture est intervenue les négociations précontractuelles ont un niveau très avancé⁶⁸⁶, c'est-à-dire que la chance est suffisamment sérieuse pour constituer un préjudice précontractuel certain, elle devrait pouvoir être indemnisée⁶⁸⁷. Cette tendance a évolué sous l'influence des modifications qui ont transformé la responsabilité civile, spécialement le recours à la notion de perte de chance par la jurisprudence⁶⁸⁸. Selon les partisans de cette tendance, l'admission de la perte d'une chance ne peut en aucun cas être analysée comme étant une négation de l'exercice de la liberté contractuelle. De plus, la perte d'une chance permet de distinguer le dommage précontractuel du dommage délictuel, du fait que la perte d'une chance est une sorte d'indemnité totalement liée au besoin de caractériser la faute précontractuelle⁶⁸⁹. En ce sens, la Cour de cassation a quelquefois admis l'indemnisation de la perte d'une chance de gains consécutive à l'impossibilité de conclure un contrat⁶⁹⁰. Par exemple, la chambre commerciale de la Cour de cassation, avait déjà jugé « *qu'en précisant que la société Poleval avait en raison du comportement fautif de la société Sandoz immobilisé en pure perte son procédé breveté pendant quatre années sans pouvoir négocier avec un autre partenaire pendant cette période et avait également de ce fait divulgué son savoir-faire et en appréciant le préjudice en résultant* »⁶⁹¹. Dans le même contexte, la Cour de cassation égyptienne le 29 avril 1965 a considéré que « *la perte de chance comme*

⁶⁸⁴ Patrick CHAUVEL, *Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle*, op.cit., p.514.

⁶⁸⁵ Mohamed LOTFI, *La responsabilité civile dans la phase de négociation*, op.cit., p.97 ; Mohamed Abdel Zaher HUSSEIN, *Les aspects juridiques de la phase précontractuelle*, op.cit., p.99.

⁶⁸⁶ Jacques GHESTIN, *Les dommages réparables à la suite de la rupture abusive des pourparlers*, JCP, 2007, n° 1, p.19.

⁶⁸⁷ Philippe LE TOURNEAU, *La rupture des négociations*, op.cit., p.479.

⁶⁸⁸ Luiz Fernando KUYVEN, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : Fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation*, op.cit., p.277.

⁶⁸⁹ Anne-Marie GILLES, *Quelques observations sur la mauvaise foi en droit privé*, Les Petites Affiches, 2003, n° 135.

⁶⁹⁰ Cass. 2^e ch. civ., 3 mai 2006, n° 05-12.069.

⁶⁹¹ Cass. Com., 7 avril 1998, n°95-20.361, inédit ; Cass. Com., 11 juillet 2006, n° 04-16.773, inédit.

un préjudice certain, exige l'indemnisation »⁶⁹². Enfin, cette tendance a été consacrée par certains textes des projets de réforme du droit français qui codifient la jurisprudence relative à la perte d'une chance prévoient que « *la perte d'une chance constitue un préjudice réparable distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée* »⁶⁹³. Ainsi, pour que la perte de chance soit indemnisée, elle doit être une conséquence certaine du fait générateur envisagé, comme le prévoit à l'article 1345, alinéa 1 de l'avant-projet Catala « *la prolongation certaine et directe d'un état de chose actuel* ».

2 : Vers l'abandon doctrinal et judiciaire de l'indemnisation de la perte d'une chance

237. Nonobstant ce qui précède, une tendance moderne est apparue en doctrine française et égyptienne suivi en jurisprudence, qui est assez réticente à l'idée d'une indemnisation de la perte de chance de conclure le contrat définitif. Certains auteurs retiennent que le préjudice réparable ne comprend pas le profit que le négociateur aurait pu tirer de la conclusion effective du contrat négocié en affirmant que « *la liste du préjudice précontractuel réparable, en cas de rupture fautive d'une négociation précontractuelle, ne pouvait pas inclure la perte d'une chance* »⁶⁹⁴. À en croire un autre auteur, la réparation de la perte d'une chance, reviendrait à donner « *indirectement effet à un contrat qui n'a pas été conclu* »⁶⁹⁵. Cette théorie est basée sur de nombreux motifs. Premièrement, la perte d'une chance constitue une atteinte au principe de la liberté précontractuelle qui signifie que le droit permet à chaque négociateur de mettre fin aux négociations précontractuelles à tout moment pour quelque raison, c'est-à-dire qu'il n'existe aucune relation causale entre la rupture des négociations et le préjudice consistant dans la perte de chance de conclure le contrat définitif, parce que ce préjudice n'a

⁶⁹² Cass. 29 avril 1965, revue des arrêts de la Cour de cassation égyptienne, p.537.

⁶⁹³ L'article 1345, al.1 de l'avant-projet Catala.

⁶⁹⁴ Mohamed Hussein Abd EL-ALL, *Les Conventions des Négociations contractuelles*, op.cit., p.138.

⁶⁹⁵ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, op.cit., p.156.

pas été causé par la rupture abusive des négociations précontractuelles mais par la rupture elle-même. Deuxièmement, l'évaluation de la perte d'une chance est bien plus difficile, puisqu'il s'agit d'une simple estimation de ce qui aurait été gagné s'il n'y avait pas eu lieu la rupture du processus de négociations à la différence des pertes subies qui requiert une démarche purement factuelle. Dans ce sens, selon certains auteurs l'évaluation de la perte d'une chance résultera, au moins partiellement, d'un raisonnement de « finance-fiction »⁶⁹⁶. Cette compensation pose aussi un problème quant à la certitude du dommage, car la perte de chance constitue une probabilité. Troisièmement, comme l'entrée en négociations n'assure pas automatiquement la conclusion du contrat, aucun des négociateurs ne peut se dire titulaire d'une chance de conclure le contrat définitif⁶⁹⁷. Ces critiques et d'autres ont conduit vers l'abandon jurisprudentiel progressif de ce type d'indemnisation. Dans ce contexte, le 26 novembre 2003, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait jugé que dans un célèbre arrêt connu sous le nom de Manoukain, dans cette affaire concernait une négociation en vue de la cession de parts sociales. Alors que les négociations étaient bien avancées, la cession est faite au profit d'un tiers, l'acquéreur évincé n'étant informé de cela que plusieurs jours plus tard. Les juges d'appel ont approuvé d'avoir exclu la réparation de la perte de chance de tirer profit de la cession au motif que « *les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne sont pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat* »⁶⁹⁸. Cela signifie que la Cour de cassation a estimé qu'il n'existait pas de lien de causalité précontractuel entre la faute commise par l'auteur de la rupture et le préjudice consistant dans la perte de

⁶⁹⁶ François BOUCHON, *L'évaluation des préjudices subis par les entreprises*, Lexis Nexis, Litec, 2002, p.44 ; Frédéric BÉLOT, *L'évaluation du préjudice économique*, Recueil Dalloz, 2007, p.1681.

⁶⁹⁷ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, *op.cit.*, p.156.

⁶⁹⁸ Cass. Com., 26 novembre 2003, n° 00-10.243, D. 2004, Jur. p.869, note Anne-Sophie DUPRÈ-DALLEMANGE ; RTD civ. 2004, p. 80 et p.85, obs. Jacques MESTRE, Bertrand FAGES ; Denis MAZEAUD, RDC 2004, p.257.

chance de réaliser les gains espérés de la conclusion du contrat proposé. Aux termes de cette décision, la chambre commerciale de la Cour de cassation semble marquer un coup d'arrêt à cette tendance pour revenir vers une appréciation plus restrictive du préjudice subi. Dans ce sens, certains auteurs affirment que l'arrêt du 26 novembre 2003 semble donc mettre fin à la jurisprudence relative à l'indemnisation de la perte de chance et manifeste une approche plus rigoureuse du préjudice subi par la victime⁶⁹⁹.

238. Il est important de souligner que, plusieurs arrêts ultérieurs, non publiés et d'ailleurs passés inaperçus, auraient pu semer le doute. Par exemple, la chambre commerciale de la Cour de cassation, le 07 janvier 2004, a admis la réparation du préjudice résultant dans la perte d'une chance en affirmant que « *la réparation du préjudice consistant dans la perte d'une chance doit être mesurée à la valeur de la chance perdue* »⁷⁰⁰. De même, certaines décisions des juges du fond ont admis la réparation de cette perte de chance, comme la Cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 13 février 2004, a considéré que « *la perte de chance ne recouvre pas tout le manque à gagner étant donné son caractère aléatoire* »⁷⁰¹. Pourtant, la position de l'arrêt Manoukian été confirmée dans un important arrêt au 28 juin 2006 par la 3^e chambre civile, la Cour de cassation a confirmé sa position précédente de refuser de compenser la perte d'une chance. Elle a souligné, au visa de l'article 1382 du Code civil, « *qu'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels n'est pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains qui permettait d'espérer la conclusion du contrat* »⁷⁰². Cette position a été confirmée par de nombreux arrêts récents par la Cour de cassation dans l'arrêt du 7 janvier 2009, la Cour de cassation censure la décision sur le fondement de l'article 1382 du Code civil « *la faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne peut être la cause d'un préjudice*

⁶⁹⁹ Denis MAZEAUD, *Réparation des préjudices précontractuels*, Recueil Dalloz, 2006, p.2963.

⁷⁰⁰ Cass. Com., 7 janvier 2004, n° 01-17.426, inédit.

⁷⁰¹ Anne-Sophie DUPRÉ-DALLEMAGNE, *Nouvelles précisions sur le régime applicable à la rupture unilatérale des pourparlers*, Recueil Dalloz, 2004, p.869.

⁷⁰² Cass. 3^e ch. civ., 28 juin 2006, n° 04-20.040, Bull. civ. III, n° 164, p.136; JCP G 2006, II, 10130, note Olivier DESHAYES; JCP G 2006, I, 166, n° 6, obs. Philippe STOFFEL-MUNCK.

consistant dans la perte de chance de réaliser des gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat »⁷⁰³. C'est aussi la chambre commerciale de la Cour de cassation qui a jugé, dans son arrêt du 18 septembre 2012 qu'il n'est pas possible de réclamer la perte d'une chance sérieuse de conclure et d'exécuter le contrat négocié subi par la victime de la rupture⁷⁰⁴.

239. Il faut ici observer que, le 30 avril 2014, la Cour de cassation française fait un revirement sur la question de la perte d'une chance. Plus précisément, la première chambre civile a rendu deux décisions⁷⁰⁵ qui posent une nouvelle condition à l'indemnisation de la perte de chance, il faut que la chance soit « *raisonnable* »⁷⁰⁶. Ainsi, pour que la victime soit indemnisée, il faut qu'elle établisse avoir subi un « *préjudice direct et certain résultant d'une chance raisonnable* »⁷⁰⁷. Il est important de souligner que la majorité de la doctrine égyptienne aujourd'hui a adopté cette position et croit que le négociateur victime doit être indemnisé pour la perte de chance, à condition que la chance soit réelle et sérieuse⁷⁰⁸, et que le négociateur victime ait un espoir de la conclusion du contrat définitif, surtout si les négociations ont été avancées⁷⁰⁹. Cette opinion est pleinement en accord avec le point de vue de la doctrine islamique⁷¹⁰, que l'on croit que la perte d'une chance est toujours indemnisée dans les deux hypothèses basées sur l'article 11 de la revue d'arrêts judiciaire « *Magallat Al Akham Al*

⁷⁰³ Cass. 3^e ch. civ., 7 janvier 2009, n° 07-20.783, Bull. civ. III, n° 5.

⁷⁰⁴ Cass. Com., 18 septembre 2012, n° 11-19.629, Bull. civ. IV, n° 163, JCP G, 2012, n° 43, p. 1151, spéc. n° 6, obs. Grégoire LOISEAU.

⁷⁰⁵ Cass. 1^{er} ch. civ., 30 avril 2014, n° 13-16.380, Bull. civ. I, n° 76, note Jean-Philippe BUGNICOURT, RLDC juin 2014, p.32.

⁷⁰⁶ Olivier DESHAYES, *Perte de chance, une nouvelle jurisprudence en voie de formation*, RDC, 2014, p.610.

⁷⁰⁷ Philippe BRUN, Olivier GOUT, *Responsabilité civile*, Recueil Dalloz, 2015, n° 2, p.124.

⁷⁰⁸ Voir aussi en droit français, Henri CAPITANT, François TERRÉ, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, obligations, contrats spéciaux, sûretés*, tome 2, 13^e éd, Dalloz, 2015, n° 142, p.8.

⁷⁰⁹ Rajab Karim Abd ALLAH, *La négociation d'un contrat, op.cit.*, p.630.

⁷¹⁰ Voir en droit islamique, Ahmad Abu Al-WAFA, *La responsabilité internationale dans la charia*, Dar Al Nahda Al Arabya, 1999, p.20.

Adliya » qui dispose que « *tous les dommages doivent être indemnisés par une indemnisation équitable* »⁷¹¹.

240. Finalement, on peut donc affirmer que le projet d'ordonnance de la Chancellerie de mars 2015 prend une position très ferme dans le troisième alinéa de son article 1111 qui prévoit que « *les dommages et intérêts ne peuvent avoir pour objet de compenser la perte de bénéfices attendus du contrat non conclu* ». Cette tendance a été adoptée par le législateur français expressément à l'article 1112 du Code civil français qui dispose qu' « *en cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages* »⁷¹², c'est-à-dire que, si la rupture des négociations précontractuelles était une raison de perte d'une chance, elle ne pourrait en aucun cas donner lieu à l'allocation de dommages-intérêts, soit dans le cas de la perte d'une chance de conclure le contrat envisagé ou avec les tiers. Ainsi, c'est une solution pour prévenir la divergence entre les arrêts et assurer la sécurité juridique afin de déterminer l'étendue du préjudice réparable dans un texte précis et délimité. Aussi, cette solution qui a été adoptée par le législateur français est entièrement cohérente avec la position moderne de la jurisprudence française surtout celle de la Cour de cassation. Également, d'après les rédacteurs de la réforme, cette solution peut se justifier en affirmant que « *tout d'abord, la rupture des pourparlers est un acte juridique générateur d'un certain nombre de dommages mais pas nécessairement de la non conclusion du contrat puisque la faute sanctionnée est la faute dans l'exercice du droit de rupture et non la rupture en elle-même ; en application du principe de liberté précontractuelle. Ensuite, qui a pour corollaire la liberté de ne pas contracter. Enfin, indemniser le profit escompté de la conclusion du contrat, même sous la forme atténuée d'une perte de chance, conduirait à donner indirectement effet à un contrat qui n'a pas été conclu* »⁷¹³. Avant de conclure, il convient de relever que le législateur français a

⁷¹¹ Cette revue est similaire au Code civil dans l'Empire ottoman.

⁷¹² Modifié par loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 - art.3.

⁷¹³ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, p.6.

confirmé sa position en ce qui concerne la perte d'une chance dans l'article 1238 du projet de réforme de la responsabilité civile, présenté le 13 mars 2017 qui prévoit que « *seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable. Ce préjudice doit être mesuré à la chance perdue et ne peut être égal à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée* ». On peut partager le point de vue définitif de la Cour de cassation et des rédacteurs de l'ordonnance, les rejetants de ce type de compensation, car l'acceptation de cette dernière peut entraîner la réticence des négociateurs à engager des négociations. Après avoir résolu ce problème, il faut traiter maintenant la dernière condition de la responsabilité précontractuelle.

Sous-section 2: Le lien de causalité précontractuel

241. Il ne peut pas y avoir de responsabilité précontractuelle en absence de lien de causalité précontractuel entre la faute précontractuelle et le préjudice précontractuel. Toutefois, les Codes civils français et égyptien ne définissent pas le lien de causalité précontractuel. Donc, la doctrine et la jurisprudence ont tenté de définir ce concept et déterminer certains caractères de ce lien de causalité précontractuel. Ces caractères ont soulevé certains problèmes comme la difficulté de déterminer dans quels cas peut-on considérer que la rupture a eu pour effet un préjudice précontractuel. Afin de préciser cette condition, on présentera d'abord la détermination du lien de causalité précontractuel (§1), avant de voir les difficultés que l'on rencontre au sujet des caractères du lien de causalité précontractuel (§2).

§1 : La détermination du lien de causalité précontractuel

242. La causalité précontractuelle est le problème le plus complexe et le plus flou dans la responsabilité civile précontractuelle. Elle constitue l'un des sujets les plus controversés, « *un redoutable mystère* »⁷¹⁴. En conséquence, la détermination du lien de causalité précontractuel n'est pas une tâche facile. Comme mentionné précédemment, le Code civil français et son homologue égyptien n'ont pas explicitement abordé cette condition. Par conséquent, on va

⁷¹⁴ Geneviève VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris, anthologie du droit, LGDJ, 2013, n° 2.

tenter de déterminer cette condition à la lumière du lien de causalité en générale. Il convient donc d'identifier le lien de causalité en général (A). Puis, il convient d'examiner l'identification du lien de causalité précontractuel (B).

A : Identification du lien de causalité en général

243. Tout d'abord, la responsabilité civile délictuelle suppose un lien de cause à effet entre la faute et le préjudice⁷¹⁵. Autrement dit, la présence d'un lien causal est fondamentale pour la mise en œuvre de la responsabilité civile en tant que troisième condition de la responsabilité, si celle-ci n'existe pas il n'y a pas de responsabilité civile⁷¹⁶. En conséquence, la doctrine a proposé certaines théories afin de définir la causalité, comme par exemple la théorie de la causalité adéquate, la théorie de l'équivalence des conditions et la théorie de la proximité des causes⁷¹⁷, etc. Ainsi, on peut constater que cette troisième condition de la responsabilité civile est imposée par les textes du Code civil français et égyptien, selon l'article 1240 du Code civil français qui dispose « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* », et son homologue l'article 163 du Code civil égyptien qui prévoit que « *toute faute qui cause un dommage à autrui oblige celui qui l'a commise à le réparer* ». Ces textes confirment l'importance de la causalité pour la responsabilité civile, parce que l'absence de lien de causalité a créé des difficultés qui rendent impossible la réparation des préjudices causés. À cet égard, il convient de mentionner que les projets français de réforme de la responsabilité civile prévoient que la causalité est considérée comme l'une des conditions essentielles de la responsabilité civile⁷¹⁸. Le projet Catala, à l'article 1347, énonce que « *la*

⁷¹⁵ Alexandre DUMERY, *La faute de la victime en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, L'Harmattan, Paris 2011, p.287 ; Voir aussi dans la doctrine égyptienne, Fayez Ahmed ABD AL-RAHMAN, *La responsabilité délictuelle et contractuelle et la possibilité de la victime de choisir entre eux*, op.cit., p.94 ; Abdel Monaim Farag AL-SADA, *Les sources d'obligation*, Dar Al Nahda Al Arabya, 1992, n° 321, p.390.

⁷¹⁶ Abd El Razaq-Al SANHOURI, *Al Waseet, La théorie générale de l'obligation, tome 1, la responsabilité délictuelle*, op.cit., p.732 ; la Cour de cassation égyptienne, 18 février 1990, n° 41.533.89.

⁷¹⁷ Nabil Ibrahim SAAD, *La théorie générale de l'obligation*, op.cit., p.449.

⁷¹⁸ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle* :

responsabilité suppose établi un lien de causalité entre le fait imputé au défendeur et le dommage ». Également, le projet Terré, en s'inspirant des modèles anglais et allemand ainsi que des projets européens a défini la causalité⁷¹⁹ à l'article 10 disposant que « *constitue la cause du dommage tout fait propre à le produire selon le cours ordinaire des choses et sans lequel il ne serait pas advenu ; celui qui a causé le dommage ne répond que de ses suites immédiates et directes ; Le lien de causalité s'établit par tous moyens* ». Enfin, il convient de noter que le projet de réforme de la responsabilité civile, présenté le 13 mars 2017 dans son article 1239 prévoit que « *la responsabilité suppose l'existence d'un lien de causalité entre le fait imputé au défendeur et le dommage. Le lien de causalité s'établit par tout moyen* ». On peut affirmer que le projet dans cet article a consacré le point de vue de Catala et il a exigé explicitement l'existence du lien de causalité comme l'une des conditions de la responsabilité. On espère que le législateur français et son homologue égyptien adopteront le présent texte afin de résoudre le conflit doctrinal en ce qui concerne la détermination de la notion de causalité générale et la causalité précontractuelle.

B : Identification du lien de causalité précontractuel

244. Selon les principes du régime de la responsabilité délictuelle il est nécessaire, afin d'engager la responsabilité précontractuelle, de prouver la présence de trois éléments : la faute précontractuelle, le préjudice précontractuel et la causalité précontractuelle. Cette dernière représente un lien qui fait le pont entre la faute précontractuelle et le préjudice précontractuel⁷²⁰. Pourtant, ce n'est pas toujours le cas, la causalité précontractuelle étant plus que délicate⁷²¹. Par exemple, l'un des négociateurs qui n'a pas divulgué certains renseignements

comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen, op.cit., p.160.

⁷¹⁹ Voir François TERRÉ, Cyril BLOCH, *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011.

⁷²⁰ Joanna SCHMIDT, *La période précontractuelle en droit français, op.cit., p.554* ; Rajab Karim Abd ALLAH, *La négociation d'un contrat, op.cit., p.615.*

⁷²¹ Philippe LE TOURNEAU, Cyril BLOCH, André GIUDICELLI, Christophe GUETTIER, Jérôme JULIEN, Didier KRAJESKI, Matthieu POUMAREDE, *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation, op.cit., n° 3112.65, p.1131.*

pendant les négociations, il se peut que ces informations jouent un rôle très important dans la prise de décision, mais il peut aussi représenter un des facteurs d'appréciation qui ne conduit pas nécessairement à la rupture des négociations précontractuelles⁷²². Ainsi, la causalité précontractuelle permet de déterminer l'importance des éléments fautifs en plus de trouver, si le négociateur, ayant commis une faute précontractuelle, est seul responsable du préjudice précontractuel ou si la responsabilité précontractuelle peut être partagée entre les deux négociateurs. À cet égard, M. le professeur Olivier Desayes souligne avec justesse que « *l'importance de la détermination de la faute joue, en responsabilité précontractuelle, un rôle important au niveau de l'indemnisation, mais c'est la causalité qui reste maître de la décision finale* »⁷²³. En d'autres termes, la réparation du préjudice précontractuel n'est pas que conditionnée par l'existence d'un dommage et d'un fait générateur de responsabilité précontractuelle, il faut que « *ce dommage se rattache à ce fait générateur par un lien de cause à effet, par un lien de causalité* »⁷²⁴. Dès lors, il convient de souligner qu'afin de rechercher l'existence du lien de causalité précontractuel, il faut établir un rapport de causalité spécifique entre la faute précontractuelle et le préjudice précontractuel. Ensuite, il faut faire abstraction de l'attitude subjective d'ordre psychologique du négociateur à l'égard de son fait. Ce qui signifie que lors de l'analyse de la causalité précontractuelle, il faut exclure l'intention de l'auteur de rompre des négociations précontractuelles. C'est dans ce sens-là qu'on parle d'un caractère objectif de la causalité précontractuelle⁷²⁵. Cela nous conduit à examiner les caractéristiques les plus importantes du lien de causalité précontractuel.

⁷²² Valérie BLANC, *La responsabilité précontractuelle*, op.cit., p.119.

⁷²³ *Ibid.*, p.119.

⁷²⁴ Olivier DESHAYES, *Le dommage réparable en cas de dol dans la formation du contrat*, Revue des contrats, 01 janvier 2013 n°1, p.91; Francisco PIGNATTA, *La phase précontractuelle sous l'empire de la Convention de Vienne sur la vente internationale et des droits français et brésilien*, op.cit., p.126.

⁷²⁵ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, op.cit., p.219.

§2 : *Les caractères du lien de causalité précontractuel*

245. D'après l'ordonnance du Code civil français en 2016, le lien de causalité direct et certain est exigé entre l'inexécution et le préjudice, même en cas de faute lourde ou dolosive selon l'article 1231 alinéa 4 qui dispose que « (...) *les dommages et intérêts ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution* ». Bien que l'article ait traité la causalité dans le cas de non-exécution du contrat, ceci peut être étendu et appliqué sur la causalité précontractuelle en cas de rupture des négociations pour deux raisons. La première raison est justifiée par l'article qui impose qu'une règle générale peut être étendue à la causalité précontractuelle. La deuxième raison est que, la nature de la causalité ne diffère pas dans tous les cas, soit dans le cas d'inexécution du contrat, soit dans le cas de la rupture des négociations précontractuelles. Donc, selon les règles générales, on peut constater que les caractéristiques générales de la causalité sont les mêmes caractéristiques de la causalité précontractuelle (directe et certaine)⁷²⁶. Dans ce sens, certains auteurs ont tenté de définir le lien de causalité « *comme le rapport certain et direct excitent entre le dommage subi et le fait générateur de ce dommage* »⁷²⁷. Dès lors, on traitera le caractère direct du lien de causalité précontractuel (A). Puis, on examinera le caractère certain du lien de causalité précontractuel (B).

A : Le caractère direct du lien de causalité précontractuel

246. À la lumière de ce qui précède, il faut que le préjudice précontractuel soit la conséquence directe de la faute précontractuelle. Donc, la doctrine⁷²⁸ et la jurisprudence⁷²⁹ ont confirmé que, seul le préjudice précontractuel direct soit réparé, parce qu'il est le seul rattaché par ce lien au fait générateur illicite imputable au responsable de rupture des négociations précontractuelles.

⁷²⁶ Ahmed Shawqi ABD AL-RAHMAN, *La responsabilité civil dans la doctrine et la jurisprudence égyptienne et françaises*, Monshatte AL Marref, Alexandrie, 2007, p.188.

⁷²⁷ Yvaine BUFFELAN-LANORE, Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Les obligations, op.cit.*, p.782.

⁷²⁸ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Philippe STOFFEL-MUNCK, *Les obligations, op.cit.*, p.47.

⁷²⁹ Cass. Com., 10 juillet 2012, n° 804.11-21.954, Bull.civ, 2012, IV, n° 149.

Cette affirmation montre que la causalité présente un caractère objectif ⁷³⁰. De plus, il convient, afin de respecter l'exigence de causalité directe entre la faute précontractuelle et le préjudice précontractuel, de remettre les pré-contractants, non pas dans l'état où ils se seraient trouvés si le contrat proposé avait été conclu, ni dans l'état où ils se seraient trouvés si les négociations n'avaient jamais eu lieu, mais dans l'état où ils se seraient trouvés si la rupture n'avait pas été fautive⁷³¹. Le but de l'indemnisation est donc de replacer la victime dans l'état où elle aurait été si l'autre pré-contractant n'avait pas fait preuve de mauvaise foi pendant les négociations ⁷³². Dans ce sens, selon certains auteurs tous les préjudices précontractuels qui ont un lien direct avec la rupture des négociations précontractuelles ne sont pas indemnisés, mais seulement ceux causés par la mauvaise foi de l'autre négociateur⁷³³. Par exemple, le fait de proposer un nouveau contrat à des conditions différentes du précédent n'entraîne pas nécessairement la rupture fautive de la renégociation⁷³⁴. Enfin, le caractère direct de la causalité précontractuelle peut poser des problèmes sous deux aspects. Premièrement, dans le cas où les préjudices ont leur origine dans une pluralité de causes. Dans ce cas, la rupture ne constitue pas la seule cause directe du préjudice précontractuel, mais il existe d'autres facteurs tels que les négociations parallèles ou la violation de l'obligation légale de confidentialité, etc. Deuxièmement, lorsqu'un même fait générateur produit une cascade de préjudices⁷³⁵. Par exemple, les frais de négociation, les études préliminaires, les frais de déplacement et de séjour, ont conduit le négociateur à la nécessité de faire un nouveau financement⁷³⁶, ou d'exposer des frais pour trouver un nouveau négociateur au

⁷³⁰ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, *op.cit.*, p.206.

⁷³¹ Claire POITEVIN, *L'avant-contrat en droit des contrats d'auteur*, *op.cit.*, p.190.

⁷³² Valérie BLANC, *La responsabilité précontractuelle*, *op.cit.*, p.105.

⁷³³ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, *op.cit.*, p.221.

⁷³⁴ Joanna SCHMIDT, *La période précontractuelle en droit français*, *op.cit.*, p.554.

⁷³⁵ Robert Joseph POTHIER, *Traité des obligations*, Dalloz, Paris, 2011, n° 166, p.72.

⁷³⁶ C.A. Paris, 5 novembre.1999, RTD. civ., n° 2000.104.

lendemain de la rupture. Dans les deux cas, il montre clairement le rôle actif des juges de fond dans la détermination de la cause directe qui exige l'indemnisation. En plus de l'exigence du caractère direct, il est aussi nécessaire la présence du caractère certain du lien de causalité précontractuel.

B : Le caractère certain du lien de causalité précontractuel

247. Afin que le préjudice précontractuel soit réparable, le lien de causalité précontractuel doit être certain ou réel⁷³⁷. La victime de la rupture doit prouver qu'elle a subi une véritable lésion, qui lui a produit une perte ou une dégradation par rapport à son état antérieur avant la rupture. En ce sens, la Cour de cassation a cassé un arrêt, aux motifs qu'« *en se déterminant ainsi, sans caractériser un lien de causalité direct et certain entre les manquements imputés à une société et le préjudice invoqué, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »⁷³⁸. L'exigence du caractère certain du lien de causalité précontractuel soulève deux difficultés : identifier l'auteur du préjudice précontractuel et faire preuve du rapport causal précontractuel. Concernant la première difficulté relative à l'auteur du préjudice précontractuel, il faut distinguer deux hypothèses. Dans la première hypothèse, la causalité précontractuelle peut être causée par une personne non identifiée, au sein d'un groupe déterminé (la causalité alternative)⁷³⁹. Dans ce cas, le rapport de causalité précontractuel est incertain, puisqu'il n'est pas possible d'établir l'auteur de la faute précontractuelle, parce que, les négociateurs qui participent aux négociations sont connus et identifiables. La victime peut « *prouver que son dommage provient*

⁷³⁷ Voir Florence G'SELL-MACREZ, *Recherches sur la notion de causalité*, Thèse. Paris I, 2005 ; Cédric BEAUDEUX, *La causalité, fondement pour une théorie générale de la responsabilité civile*, Thèse Strasbourg, 2006 ; Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2010 ; Rajab Abd El Karim Abd ALLAH, *La négociation d'un contrat, op.cit.*, p.615.

⁷³⁸ Cass. Com., 19 novembre 2002, n° 00-17.439, inédit.

⁷³⁹ Il semble qu'il est préférable de ne pas entrer dans les détails de l'évolution de ce problème et on va limiter à la position actuelle de la Cour de cassation parce la question ne relève pas de cette étude.

de l'un des faits générateurs, sans parvenir à déterminer lequel »⁷⁴⁰. Donc le juge a deux choix « soit il déboute la victime de ses prétentions et ce alors même qu'il est certain que le dommage est imputable à l'un des auteurs, soit il condamne solidairement les auteurs »⁷⁴¹. Depuis longtemps, la jurisprudence s'est montrée en faveur du premier choix. Pourtant la Cour de cassation a adopté le deuxième choix dans l'arrêt récent du 5 février 2014⁷⁴². Mais il semble que cette situation va changer conformément à l'article 1310 du Code civil français qui dispose que « la solidarité est légale ou conventionnelle ; elle ne se présume pas ». La deuxième hypothèse va apparaître dans le cas où l'un des négociateurs est composé par plusieurs entités juridiquement distinctes qui se sont associées en vue de conclure le contrat proposé. Si le négociateur multipartite a provoqué un préjudice précontractuel, la victime de rupture pourrait-elle demander à n'importe quel auteur la réparation de tout le préjudice subi, ou au contraire doit-elle diviser ses recours entre les différents auteurs ? La réponse à cette question se trouve à l'article 1310 du Code civil français qui dispose que « la solidarité est légale ou conventionnelle ; elle ne se présume pas ». Ceci signifie que la solidarité ne se présume pas, soit elle était active ou passive, soit elle était légale ou conventionnelle. Cet article a mené la Cour de cassation française à développer le concept d'obligation solidaire. Donc, la victime de la rupture doit diviser son recours entre chaque auteur de la rupture, sauf exception légale⁷⁴³. Cet article a choisi une solution différente à la situation dans le Code civil égyptien dans son article 169 qui précise « lorsque plusieurs personnes sont responsables d'un fait dommageable, elles sont obligées solidairement à la réparation du dommage. La responsabilité sera partagée entre elles par parts égales, à moins que le juge n'ait fixé la part de chacun dans l'obligation de réparer ». En fait, il semble que la position du Code civil égyptien est meilleure pour résoudre ce problème. La

⁷⁴⁰ Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ, *La fiction de la causalité alternative*, Recueil Dalloz, 2010, p.1162.

⁷⁴¹ Philippe STOFFEL-MUNK, *Responsabilité civile*, Chronique, 19 avril 2010, JCP G n°16.

⁷⁴² Cass. 1^{er} ch. civ., 5 février 2014, n °12-23.467, Bull.civ, 2014, I, n °17.

⁷⁴³ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, op.cit., p.216.

solution égyptienne garantie une protection optimale pour la victime, il fait gagner du temps, des efforts et de l'argent. Par conséquent cette solution encourage les négociateurs d'entrer en négociations sans crainte et hésitation.

248. La deuxième difficulté rencontrée est celle de la preuve du préjudice et du lien avec la rupture des négociations précontractuelles. En principe, c'est la victime de la rupture qui supporte la charge de la preuve⁷⁴⁴. Pourtant, ce principe se heurte à un nombre de difficultés comme les préjudices futurs et les dépenses normales. En ce qui concerne les préjudices précontractuels futurs, ils ne peuvent pas être compensés, vu que si le contrat définitif avait été conclu, ils n'ont pas un rapport certain avec la rupture. Seuls les préjudices précontractuels présents peuvent être compensés. Pour les dépenses normales qui relèvent du comportement habituel des négociateurs⁷⁴⁵. Ils ne sont pas également compensés, parce que ces frais, en vue de la conclusion du contrat proposé ne sont pas tous liés de façon certaine à la rupture fautive. Les circonstances des négociations peuvent créer une incertitude particulière sur la conclusion du contrat proposé, les négociateurs doivent donc limiter leurs dépenses normales pendant les négociations, sans prendre de risques en faisant des frais extraordinaires. Donc, en raison de l'imprudence d'un négociateur qui engage des frais anormaux, il sera le seul responsable du fait que la cause certaine du préjudice précontractuel dans un tel cas, ne sera pas la rupture des négociations précontractuelles, mais l'attitude imprudente et inadaptée que le négociateur a prise⁷⁴⁶. Dans ce contexte, la jurisprudence confirme ce point de vue doctrinal et a exclu la responsabilité du négociateur responsable de la rupture au motif que « *les parties devaient toujours envisager l'éventualité d'un échec* »⁷⁴⁷.

⁷⁴⁴ La Cour de cassation égyptienne, 28 novembre 1968, n° 19.1448.

⁷⁴⁵ Francisco PIGNATTA, *La phase précontractuelle sous l'empire de la Convention de Vienne sur la vente internationale et des droits français et brésilien*, op.cit., p.126.

⁷⁴⁶ Luiz Fernando KUYVEN, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : Fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation*, op.cit., p.264.

⁷⁴⁷ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, op.cit., p.218.

249. Le présent chapitre traite les conditions de mise en œuvre de la responsabilité précontractuelle en droit français et égyptien. Sans aucun doute, il ne peut pas y avoir de responsabilité précontractuelle sans prouver la présence de trois conditions : la faute précontractuelle, le préjudice précontractuel et la causalité précontractuelle. Toutefois, les Codes civils français et égyptien n'abordent pas les trois conditions. Il a donc été possible de voir à travers l'analyse du droit français et égyptien les tentatives doctrinales et jurisprudentielles de définir les trois conditions de la responsabilité délictuelle et de déterminer leurs caractéristiques à la lumière de la théorie générale de la responsabilité délictuelle. En premier lieu, en ce qui concerne la faute précontractuelle, on peut conclure que la faute précontractuelle est la faute commise par l'un des négociateurs au cours des négociations précontractuelles. Elle représente la cause directe du préjudice précontractuel. Ainsi, il existe différents critères permettant de qualifier la faute tels que la brutalité de la rupture, l'avancement des négociations précontractuelles, l'absence de motifs légitimes et l'absence de la bonne foi précontractuelle. En deuxième lieu, on peut affirmer que le préjudice précontractuel est tout dommage causé à l'un des négociateurs au cours de la période précontractuelle et doit être compensé, à condition que l'existence du préjudice précontractuelle doit avoir trois caractères : être certain, direct et personnel. De plus, on a trouvé que le préjudice précontractuel peut se décomposer en deux catégories, les pertes subies et les gains manqués. La doctrine estime que, toutes les pertes subies et la perte de chance de conclure un contrat avec les tiers doivent être indemnisées. Pourtant, la doctrine reste divisée en ce qui concerne la perte des bénéfices qu'aurait procurés le contrat proposé. D'une part, la majorité de la doctrine égyptienne croit que le négociateur victime doit être indemnisé pour la perte de chance, à condition que la chance soit réelle et sérieuse. Cette opinion est totalement en accord avec le point de vue de la doctrine islamique. D'autre part, en droit français selon l'article 1112 du Code civil, on ne peut pas indemniser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages. En troisième lieu, le lien de causalité précontractuel représente un lien direct et certain entre la faute précontractuelle et le préjudice précontractuel. En dernier lieu, compte-tenu de ce qui précède, on peut définir la responsabilité précontractuelle comme l'obligation précontractuelle de réparer le préjudice précontractuel qu'elle a causé à l'un des pré-contractants

par la violation de ses devoirs précontractuels, autant qu'il n'y ait un lien de causalité entre la faute précontractuelle et le préjudice précontractuel.

250. Comme déjà étudié, la période précontractuelle est divisée souvent en deux phases : les négociations précontractuelles et les contrats préparatoires (les formes contractuelles des négociations). Si les négociations précontractuelles désignent la phase informelle des négociations qui précède le contrat définitif ⁷⁴⁸, les contrats préparatoires représentent la phase formelle des négociations. On a étudié dans la première partie les négociations précontractuelles, dès lors il est intéressant d'aborder dans la deuxième partie les contrats préparatoires.

⁷⁴⁸ Olivier DESHAYES, Denis MAZEAUD, John CARTWRIGHT, Christophe SERAGLINI, *L'avant-contrat: Actualité du processus de formation des contrats*, PUF, CEPRISCA, 2008, p.49.

Conclusion partie 1

251. En premier lieu, il faut souligner que le Code civil égyptien a complètement ignoré les négociations précontractuelles. Au contraire, le Code civil français a consacré la notion des négociations précontractuelles, « *sans en donner de véritable définition* »⁷⁴⁹. Toutefois, les doctrines française et égyptienne ont confirmé que les négociations précontractuelles sont une période préparatoire durant laquelle les négociateurs échangent leurs points de vue et discutent les propositions qu'ils se font mutuellement afin de conclure le contrat définitif. Les auteurs égyptiens se sont inspiré des principes qui régissent cette période, des juristes français avant même l'ordonnance de 2016. Grâce à cette dernière, on peut affirmer que la phase des négociations précontractuelles est encadrée dans le Code civil français actuel par des principes et des obligations (la liberté précontractuelle à l'article 1112, la bonne foi précontractuelle les articles 1104 et 1112 et l'obligation précontractuelle d'information à l'article 1112 alinéa 1). En deuxième lieu, d'une part on a conclu que la responsabilité précontractuelle est une responsabilité délictuelle selon les articles 1240, 1104 et 1112 du Code civil français et l'article 163 du Code civil égyptien. D'autre part, on a conclu que le fondement de cette responsabilité est la bonne foi précontractuelle explicitement cité dans le Code civil français selon les articles 1104 et 1112 et implicitement et dans son homologue égyptien selon l'article 125 alinéa 2. Ainsi, les conditions de cette responsabilité précontractuelle en droit français et en droit égyptien sont les mêmes (la faute précontractuelle, le préjudice précontractuel et la causalité précontractuelle). En général, on peut confirmer que les modifications du Code civil en 2016 relatives aux négociations précontractuelles sont suffisamment satisfaisantes pour la doctrine française, bien qu'il y ait quelques critiques. Dès lors, il est préférable que le législateur égyptien adopte de tels textes, qui pourraient constituer le cadre juridique pour la phase de négociations précontractuelles.

⁷⁴⁹ Hugues KENFACK, Solène RINGLER, *Droit des contrats spéciaux*, op.cit., p.22.

PARTIE 2 : LES CONTRATS PRÉPARATOIRES : EN DROIT FRANÇAIS ET ÉGYPTIEN

252. La mondialisation et le volume croissant du commerce international ont conduit à la propagation et à l'expansion des contrats préparatoires en France comme en Égypte. La pratique s'est remplie de nombreuses formes de contrats préparatoires, mais qui ont, malgré leurs différentes formes, un objectif commun de conclure le contrat définitif. Ces contrats sont devenus l'un des outils de négociation les plus importants pour les négociateurs en raison de la diversité de leurs sujets tels que l'organisation des négociations, la gestion et la poursuite des négociations, l'obligation de négocier, et la promesse de contracter, etc. Ces contrats représentent donc un arsenal fort et complet « *permettant une parfaite adéquation entre le but recherché par les parties et la technique contractuelle choisie* »⁷⁵⁰. Ceci a amené le législateur français à organiser certains de ces contrats dans son Code civil. Malgré l'importance de ces contrats, ils restent confrontés à la négligence législative et l'ambiguïté en droit égyptien. Cela a conduit les auteurs et les juges à étudier et analyser ces contrats, afin de leur établir un cadre juridique. Il faut noter que la notion de contrats préparatoires regroupe un certain nombre de contrats qui représentent une catégorie juridique. Il semble qu'il est utile et intéressant de procéder à une sélection des contrats entrants dans la catégorie des contrats préparatoires fréquents dans la pratique et controversés. Cette étape exige d'étudier au préalable leurs régimes juridiques, à la lumière de l'organisation du législateur français pour certains contrats. De ce fait, afin de développer cette partie il convient de procéder dans un premier temps à l'identification du contrat préparatoire (Titre 1), avant d'entrer plus en détail dans l'analyse des principaux types des contrats préparatoires (Titre 2).

⁷⁵⁰ Marc HÉRAIL, *Les contrats préparatoires aux ventes d'immeubles, la condition suspensive de la purge du droit de préemption*, revue juridique de l'ouest, 1999, V.12, n° 3, pp.287-302.

Titre 1 : L'identification du contrat préparatoire

253. Les futurs contractants cherchent souvent à garantir leurs négociations dans un cadre contractuel dans lequel sont formulées diverses obligations. Ils visent à conclure le contrat définitif⁷⁵¹ par le biais de nombreux documents échangés pendant la période de négociation, y compris les contrats préparatoires et des simples documents précontractuels. Afin de déterminer exactement le contrat préparatoire, et de le distinguer des autres documents précontractuels, il est nécessaire de l'identifier. Cependant, il faut préciser que l'identification du contrat préparatoire n'est pas une tâche facile, mais extrêmement complexe surtout dans le silence du Code civil égyptien, comme c'était le cas dans le Code civil français avant l'ordonnance de 2016. Dès lors, la doctrine et la jurisprudence française et égyptienne cherchent absolument à soumettre le contrat « à un ordre juridique structuré et rationnel »⁷⁵². Elles ont tenté de délimiter cet ordre juridique en définissant la notion du contrat, les critères d'identification et la nature, tout en déterminant les termes de validité.

254. La définition de ces contrats représente la principale difficulté, car le concept de contrats préparatoires constitue une notion large et complexe. Dans ce sens, M. le professeur Collart Dutilleul a affirmé que « *le concept de contrat préparatoire ne revêt pas une réalité unique et précisément définie, et chaque auteur défend une conception proche du type de contrat qu'il entend analyser* »⁷⁵³. De plus, la doctrine française et égyptienne utilise d'autres expressions synonymes comme les contrats préliminaires, les avant-contrats, et l'avant-contrat, rendant la définition encore plus difficile. Il semble que l'absence, d'une délimitation qui distingue ces termes, conduit la doctrine à les confondre. Donc, il est délicat de choisir une notion pour définir précisément la signification exacte de la notion du contrat préparatoire. La deuxième difficulté, qui n'est pas

⁷⁵¹ Mohamed Houssyen ABD-EL-AAL, *L'accord de réglementer les négociations contractuelles, Étude comparée analytique pour les moyens des négociations dans le commerce international*, op.cit, p.84.

⁷⁵² Jean-Louis BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, 2001, p.103.

⁷⁵³ François COLLART DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Sirey, Paris, 1988, n°1.

moins importante que la notion du contrat préparatoire, est la formation de ce contrat préparatoire, surtout après les modifications importantes qui y sont liées. Ces modifications présentent la réponse à la question de savoir comment le contrat préparatoire est formé et à quel moment pourrait-il être valide. Il est donc apparu nécessaire de procéder à la détermination de la notion de contrats préparatoires (Chapitre 1), avant de s'intéresser à la formation du contrat préparatoire (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La détermination de la notion de contrats préparatoires

255. Tout d'abord, il faut préciser que selon certains auteurs les contrats préparatoires sont encore indéfinis et n'ont pas une notion claire « *ils restent qualifiables de catégorie, non pas une catégorie juridique mais une catégorie pratique permettant aux juristes d'utiliser les contrats préparatoires pour répondre à la réalité et les nécessités des parties* »⁷⁵⁴. Dans ce contexte, pour un autre auteur, « *la notion de contrat préparatoire n'est là que pour regrouper et classer les nouveaux contrats créés par la pratique. La notion est une invention justifiée par d'autres inventions* »⁷⁵⁵. Néanmoins, de nombreux auteurs français et égyptiens ont tenté de définir cette notion. Malgré toutes ces tentatives, la notion de ces contrats ne fait pas l'objet d'un accord entre les juristes que ce soit en France ou en Égypte, parce que l'étude de cette notion n'est pas une tâche aussi facile qu'il n'y paraît, surtout en l'absence de la définition convenue entre les auteurs et la négligence législative. En conséquence, la notion de contrats préparatoires est toujours liée et confondue avec certains termes voisins et qui sont synonymes l'un de l'autre, ce qui rend leur différenciation difficile. Cela conduit à poser de nombreuses questions. Que signifie exactement la notion de contrats préparatoires ? Comment peut-on la distinguer de certaines notions similaires ? Ces contrats ont-ils le même concept en droit français et égyptien ? Ces contrats soulèvent également une question importante quant à la nature de ce contrat et à la manière dont il peut être classé. De ce fait, ces contrats nécessitent également une étude de la nature du contrat préparatoire. Grâce à ce processus, on peut identifier le système juridique qui s'applique au contrat préparatoire et déterminer ainsi ses dispositions et ses effets, etc. Afin de répondre à ces questions et à d'autres, il convient dans un premier temps de mettre en lumière la notion de contrats préparatoires (Section 1), avant d'en examiner plus précisément la qualification appropriée du contrat préparatoire (Section 2).

⁷⁵⁴ Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, op.cit., p.287.

⁷⁵⁵ *Ibid.*, p.60.

Section 1 : La notion de contrats préparatoires

256. Depuis toujours, la recherche d'une notion dans le droit interne n'est pas une tâche facile, cette difficulté s'accroît lorsqu'on fait la recherche en droit comparé. Surtout lors de la recherche d'une notion telle que les contrats préparatoires, qui n'étaient pas définis par le Code civil français et égyptien. Par conséquent, il était nécessaire que la doctrine accomplisse cette tâche et essaie de définir ces contrats préparatoires. Dès lors, les contrats préparatoires⁷⁵⁶ ont été l'objet d'études et de l'attention des auteurs en France comme en Égypte, afin d'analyser et de savoir ce que sont ces contrats, qui ont précédé le contrat projeté. Cette notion est employée aujourd'hui par les auteurs et les juges en France⁷⁵⁷ et en Égypte, mais ont-ils toute la même définition des contrats préparatoires ? Quels sont les critères de cette notion ? A quel moment peut-on considérer qu'elle débute ? Quand peut-on dire qu'elle est née ? Ainsi, la recherche de la notion de contrats préparatoires est souvent confondue avec certaines notions juridiques similaires, ce qui amène à la complexité de la tâche d'identifier une notion précise de ces contrats. La question qui se pose est de savoir comment distinguer la notion de contrats préparatoires et ces concepts similaires. Pour répondre à ces questions, il convient donc d'axer tout d'abord les tentatives et les critères pour définir les contrats préparatoires (Sous-section 1), avant d'exposer la proximité du contrat préparatoire avec d'autres techniques contractuelles (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Les tentatives et les critères pour définir les contrats préparatoires

257. Bien que le Code civil français et égyptien aient traité certains contrats préparatoires, ils n'ont mentionné la notion du contrat préparatoire dans aucun texte législatif. Par conséquent, il était nécessaire que la doctrine et la jurisprudence recherchent à établir une définition et des critères pour ces contrats préparatoires. Il est donc apparu nécessaire d'étudier les tentatives doctrinales et

⁷⁵⁶ Il semble qu'il n'y ait pas de différence fondamentale entre le pluriel de la notion de contrats préparatoires et le singulier de la notion de contrat préparatoire. Cependant, la formule plurielle se réfère à un total de contrats et pas à un seul contrat.

⁷⁵⁷ Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, op.cit., p.14.

jurisprudentielle afin de définir le contrat préparatoire (§1), avant de s'intéresser aux critères temporels délimitant la notion du contrat préparatoire (§2).

§1 : Les tentatives doctrinele et jurispredentielle afin de définir les contrats préparatoires

258. Comme mentionné précédemment, la notion de contrats préparatoires n'était pas connue par les législateurs français et égyptiens. Par conséquent, il fallait que la doctrine et la jurisprudence tentent de briser ce silence législatif. Dès lors, dans un premier temps, il convient donc d'axer les tentatives de la doctrine pour définir les contrats préparatoires (A). Dans un second temps, il convient d'examiner la compréhension judiciaire de la notion de contrats préparatoires (B).

A : Les tentatives de la doctrine pour définir les contrats préparatoires

259. Les auteurs français et égyptiens décrivent ces contrats comme préparatoires, cet adjectif indique que ces contrats ont un but préparatoire à d'autres contrats, ils ne seront donc pas définitifs mais constituent des étapes préliminaires vers le contrat définitif. Dans ce sens, Cornu se réfère à la préparation en une expression « *qui tend à la préparation ; qui concourt à l'élaboration (définitive) d'un acte, soit à un stade préliminaire (travaux préparatoires), soit au début d'une opération ensemble* »⁷⁵⁸. Ainsi, il existe certainement de nombreux concepts liés à la notion de contrats préparatoires qui se contredisent parfois, ou sont similaires et complémentaires d'autres fois, selon le point de vue de chaque auteur. Les tentatives d'auteurs et leurs classifications sont complexes et nombreuses. Elles peuvent être classées en deux courants principaux : le premier courant, celui de la pensée liant la promesse de contrat à la notion de contrat préparatoire : le courant de la pensée classique (1), et le deuxième, celui visant à élargir la notion de contrats préparatoires : le courant de la pensée moderne (2).

⁷⁵⁸ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, op.cit., p.793.

I : Le courant de la pensée classique

260. De l'avis des auteurs classiques, les contrats préparatoires ne comprennent que des promesses de contrat, comme Saleilles l'un des premiers auteurs qui a parlé de la notion de contrats préparatoires en affirmant que « *la notion de contrat préparatoire était une situation incomplète, en voie d'achèvement comme l'est le contrat principal partiel sous la promesse de contrat* »⁷⁵⁹. Ainsi, Demogue en 1906 a noté que « *l'on compliquait le droit en prévoyant à côté des contrats ordinaires des contrats préparatoires qui seraient des promesses de contrat* »⁷⁶⁰. Dans le même contexte, Mme le professeur Mirène Geninet précise que l'élément clé pendant la période précontractuelle est la promesse de contracter. Pour elle « *c'est la promesse de contracter qui fait de l'avant-contrat un contrat préparatoire* »⁷⁶¹. Il devra souligner que cette tendance n'a pas trouvé de partisans ou d'échos dans la doctrine égyptienne. Ainsi, il est approprié de mentionner que contrairement à cette tendance, peu d'auteurs excluent complètement la promesse du contrat de la notion de contrats préparatoires. L'un de ces auteurs est M. le Professeur Ghestin qui observe que « *les contrats préparatoires regroupent les accords de principe et les accords partiels mais ils se distinguent des promesses de contrat* »⁷⁶². Selon lui, les contrats préparatoires « *sont souvent constitués en pratique par un échange de lettres que l'on qualifie parfois de lettres d'intention* »⁷⁶³. Enfin, il semble que cette tendance n'a pas réussi et n'est pas largement répandue, car d'une part, cette tendance s'est concentrée sur la classification de ces contrats, en ignorant leur définition. D'autre part, elle consiste à adopter un concept et une classification

⁷⁵⁹ Raymond SALEILLES, *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Paris, 1901, cité par Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, op.cit., p.25.

⁷⁶⁰ René EMOGUE, *De la nature et des effets du droit éventuel*, RTDC, 1906, p.259, cité par Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, op.cit., p.26.

⁷⁶¹ Mirène GENINET, *Théorie générale des avant contrats en droit privé*, Thèse, Paris 2, 1985, p.122.

⁷⁶² Ahmed LASSOUED, *Les contrats préparatoires*, Thèse, Strasbourg, 1987, p.6.

⁷⁶³ Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, op.cit., p.50.

très étroite de contrats préparatoires conduisant à l'émergence d'une tendance plus large et plus moderne.

2 : Le courant de la pensée moderne

261. En premier lieu, certains auteurs français et égyptiens ont eu un point de vue plus large en ce qui concerne la notion de contrats préparatoires. Selon eux, la notion peut s'étendre à tous les accords précédant le contrat projeté. Pour les professeurs François Terré et Alex Weill la notion du contrat préparatoire est plus large et elle est capable de contenir tous les contrats voués à être complétés, qui ne sont pas définitifs. Cela signifie que, chaque contrat qui n'est pas définitif, est donc un contrat préparatoire. Selon eux et sur la base de ce qui précède, l'accord partiel est un contrat préparatoire parce que les parties « *remettent à plus tard le règlement des questions complémentaires* »⁷⁶⁴. Dans ce contexte, Mme le professeur Schmidt a écrit que le contrat préparatoire « *pouvant intervenir à tout moment précédent la conclusion du contrat définitif* »⁷⁶⁵. Aussi l'un des partisans de cette tendance M. le professeur Grimaud croit que les contrats préparatoires ne comprennent pas seulement la promesse unilatérale et le pacte de préférence, mais il considère simplement que ce sont les plus spécifiques des contrats préparatoires, parce qu'ils sont le plus largement utilisés dans la pratique et ont engendré le plus grand nombre de contentieux⁷⁶⁶. À en croire un autre auteur « *les contrats préparatoires, également dénommés avant contrats, sont des contrats qui ont pour objet de préparer la conclusion du contrat définitif* »⁷⁶⁷.

⁷⁶⁴ François TERRÉ, Alex WEIL, *Les obligations*, Précis Dalloz, 1980, cité par Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, op.cit., p.53.

⁷⁶⁵ Joanna SCHMIDT, *La sanction de la faute précontractuelle*, RTD civ, 1974, p.46.

⁷⁶⁶ Damien GRIMAUD, *L'avant-contrat : actualité du processus de formation des contrats*, PUF, 2008, p.139.

⁷⁶⁷ Christophe LACHIÉZE, *Droit des contrats*, op.cit., p.62 ; Joanna SCHMIDT, *La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats*, RTD civ, 2000, p.25 ; Voir dans le même sens dans la doctrine égyptienne, Nabil Ibrahim SAAD, *Les contrats nommés, le contrat de vente*, Dar EL-Magma El-Jadida, Alexandrie, 2010, p.89.

262. En second lieu, cette tendance a de nombreux défenseurs dans la doctrine égyptienne, selon un partisan de cette tendance « *le contrat préparatoire est un contrat provisoire, il précède souvent le contrat définitif et il vise sa conclusion* »⁷⁶⁸. Dans le même sens, l'un des auteurs a défini le contrat préparatoire en affirmant que « *c'est un accord de volontés destiné à créer des obligations juridiquement sanctionnées, au cours de la période précontractuelle, il constitue la loi des parties* »⁷⁶⁹. Il est important de souligner qu'une partie de la doctrine égyptienne a été fortement influencée par les écrits du professeur Jean-Marc Mousseron qui a nommé les contrats préparatoires « *les formes contractuelles de pourparlers* »⁷⁷⁰ et les divise en deux types : le premier est les contrats préparatoires qui ont « *pour seul objet de préparer des contrats à venir* »⁷⁷¹. Selon lui, ce type regroupe particulièrement le pacte de préférence, le contrat-cadre et l'accord de principe⁷⁷². Le deuxième type est formé par les contrats temporaires qui « *ont pour objet de créer des obligations qui lieront les parties durant la période de négociations* »⁷⁷³ comme par exemple les contrats partiels. Selon lui, tous les contrats mentionnés peuvent être considérés comme des contrats préparatoires, bien qu'ils soient différents et multiples, mais ont un objectif commun qui est la conclusion du contrat final⁷⁷⁴. L'un des auteurs égyptiens partageait l'opinion que les contrats préparatoires peuvent être divisés en deux catégories⁷⁷⁵. La première catégorie vise à conclure directement le contrat final tel que la promesse unilatérale de contracter ou la promesse synallagmatique

⁷⁶⁸ Hoda Abd ALLAH, *Le système juridique de la période précontractuelle*, op.cit., p.305 ; Mohamed Houssyen ABD-EL-AAL, *L'accord de réglementer les négociations contractuelles, étude comparée analytique pour les moyens des négociations dans le commerce international*, op.cit., p.85.

⁷⁶⁹ Ahmed LASSOUED, *Les contrats préparatoires*, op.cit., p.17.

⁷⁷⁰ Jean-Marc MOUSSERON, *La durée dans la formation des contrats*, op.cit., p.513.

⁷⁷¹ *Ibid.*, p.509.

⁷⁷² Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, op.cit., p.37.

⁷⁷³ Jean-Marc MOUSSERON, *La durée dans la formation des contrats*, op.cit., p.509.

⁷⁷⁴ Jean-Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL, Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat*, op.cit., p.269.

⁷⁷⁵ Mohamed Houssyen ABD-EL-AAL, *L'accord de réglementer les négociations contractuelles, étude comparée analytique pour les moyens des négociations dans le commerce international*, op.cit., p.90.

de contracter. Alors que la deuxième catégorie vise à organiser les négociations non pas comme une fin en soi, mais comme un moyen de conclure le contrat définitif. Cette catégorie est également divisée en deux types de contrat : le premier type regroupe les contrats préparatoires qui créent une obligation de négocier comme le contrat de négociation. Le second type est formé par les contrats préparatoires qui organisent les étapes de négociation tels que les contrats partiels. Certains auteurs préfèrent les appeler des contrats de négociation parce qu'ils visent à organiser le processus de négociation d'une manière amicale⁷⁷⁶.

263. Pour conclure sur ce point, la notion de contrats préparatoires est une définition évolutive. La complexité de la vie économique, celle des contrats et la nécessité de poursuivre les négociations ont permis la création de nombreux contrats préparatoires modifiant la conception classique de la notion qui limite les contrats préparatoires à la promesse du contrat, à une définition large, moderne comprenant de nombreux contrats préparatoires. On peut conclure que les contrats préparatoires sont des contrats dont l'objectif commun est de préparer le contrat définitif. Il semble que cette définition est acceptable pour la plupart des auteurs, malgré leurs différents points de vue, parce qu'elle est assez large pour couvrir tous les courants de pensées en France et en Égypte.

B : La compréhension judiciaire de la notion de contrats préparatoires

264. La notion de contrats préparatoires a été utilisée pour la première fois le 10 mars 1992 dans un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation. En l'espèce, il y avait un conflit entre les candidats en ce qui concerne un appel d'offres, l'un des candidats reprochait au gagnant de cet appel des actes de concurrence déloyale⁷⁷⁷. En effet, « *selon le pourvoi, que le CESP (centre des supports publicitaires) avait lancé, à quatre équipes déterminées par lui, un « appel d'offres » en vue du choix d'un procédé servant à mesurer l'audience des chaînes de télévision, que les quatre candidats avaient émis leurs propositions conformes à un « cahier des charges » élaboré par le CESP, lequel avait sur la*

⁷⁷⁶ Jamal Fakir NAKAS, *Les contrats et les avant-contrats*, op.cit., p.163 ; Abou AL Ella-EL NEMR, *Les négociations de contrats commerciaux internationaux*, op.cit., p.48.

⁷⁷⁷ Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, op.cit., p.62.

base de telles propositions retenu le candidat bénéficiaire du marché ; qu'il existait ainsi entre tous les candidats et le maître de l'ouvrage un contrat préparatoire fixant les règles de la conclusion du contrat définitif ; qu'en déclarant délictuelle la responsabilité encourue par l'un des candidats au marché envers un autre, à raison d'une prétendue faute commise dans le cours de l'appel d'offres, la cour d'appel a violé par fausse application l'article 1382 du Code civil »⁷⁷⁸. La Cour d'appel de Paris considère donc que l'appel d'offres était un contrat préparatoire parce que l'appel d'offres avait pour objet la fixation des règles de la conclusion du contrat définitif. Pour l'un des auteurs « cet arrêt est le seul où la Cour de cassation a défini clairement l'objet d'un contrat préparatoire, celui de fixer les règles de conclusion du contrat définitif »⁷⁷⁹. Un autre arrêt utilisant également la notion de contrat préparatoire a été rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 12 juillet 1994 où les faits sont les suivants « la société Géostock fait grief à l'arrêt d'avoir dit qu'elle était liée à M. X... par une convention qui s'imposait à eux, alors, selon le pourvoi, d'une part, que les accords de principe mettent seulement à la charge des parties une obligation contractuelle de négocier de bonne foi sur les bases initialement convenues ; que la lettre du 28 juin 1982 aménageait les conditions de versement d'une rémunération à M. X..., subordonnée à la signature d'un contrat, à la condition qu'il intervienne ultérieurement entre la société Géostock et ses clients américains, et prévoyait des modifications et des adaptations aux schémas des rémunérations prévus en fonction de la teneur définitive du contrat à venir ; que si cette lettre pouvait être considérée comme un contrat, il s'agissait en réalité d'un contrat préparatoire et plus précisément d'un accord de principe qui obligeait seulement les parties à négocier de bonne foi sur la base des termes initialement convenus ; d'où il suit qu'en jugeant que les parties étaient liées par un contrat définitif, la cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil »⁷⁸⁰. Le 20 juin 2006 la Cour d'appel de Douai a confirmé la décision de première instance en affirmant que « sur la détermination du prix, il y a lieu de constater qu'il s'agit dans le cas d'espèce d'un contrat cadre c'est-à-dire d'un contrat préparatoire qui fixe les conditions

⁷⁷⁸ Cass. Com., 10 mars 1992, n° 90-11646.

⁷⁷⁹ Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, op.cit., p.64.

⁷⁸⁰ Cass. Com., 12 juillet 1994, n° 92-19247.

*générales de contrats d'application à venir matérialisés par les commandes ultérieures lesquelles constituent les ventes... »*⁷⁸¹. Dans le même esprit, la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 11 septembre 2012 a utilisé une nouvelle fois la notion du contrat préparatoire, en disant qu'« *en l'espèce Maître B... ne conteste pas être le rédacteur de l'acte sous seing privé du 20 septembre 2006, qui constituait une vente sous conditions suspensives, et pas uniquement un avant contrat préparatoire* »⁷⁸². Enfin, lorsqu'on a examiné les arrêts des tribunaux français, on a trouvé que la notion apparaissait uniquement dans l'argumentation des parties sans être reprise par les arrêts dans leurs solutions. Il semble donc que les juges n'aient pas donné une définition à la notion de contrat préparatoire. On peut noter que la jurisprudence a confirmé que certains accords qui précèdent le contrat final peuvent être considérés comme des contrats préparatoires sans préciser exactement quelle est la notion de ces contrats. Les tribunaux ne peuvent être blâmés parce que le développement des définitions n'est pas leur tâche fondamentale.

265. Ce qui précède était la position de la jurisprudence française. Donc, la question qui se pose est : qu'en est-il de la position de la jurisprudence égyptienne concernant la notion de contrats préparatoires ? L'étude de la jurisprudence égyptienne sur la question révèle en effet, que la définition des contrats préparatoires ne figurait pas dans les arrêts de la Cour de Cassation égyptienne. Cependant, de nombreuses dispositions peuvent être trouvées dans lesquelles la Cour de cassation a confirmé la valeur juridique des documents précontractuels mutuels au stade des négociations. Par exemple, la Cour de cassation a jugé que « *le document a été écrit par le vendeur avant la conclusion du contrat final afin d'acheter des appareils électroniques avait une force obligatoire du contrat, parce que ce document incluait les quantités et les*

⁷⁸¹ CA Douai, 2^e ch. civ., 20 juin 2006 ; Cass. 1^{re} ch. civ., 26 septembre 2007 n° 06-19709, Bulletin 2007, I, n° 304, cité par Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire, op.cit.*, p.71.

⁷⁸² Cass. 3^e ch. civ., 11 septembre 2012, n° 11-22363 ; Voir aussi, Cass. 3^e ch. civ., 15 décembre 2010, n° 09-15211 ; Cass. Com., 18 janvier 2011, n° 09-72508.

*spécifications requises pour les appareils »*⁷⁸³. Après avoir traité la position des doctrines et des jurisprudences française et égyptienne sur la notion du contrat préparatoire, la question qui se pose est de savoir s'il existe des critères qui définissent cette notion, afin d'éviter toute confusion avec d'autres notions juridiques similaires. Cela nous conduit à l'étude de ces critères.

§2: Les critères temporels délimitant la notion du contrat préparatoire

266. Le contrat préparatoire comme tout contrat a un point de départ et un point final. Néanmoins, le contrat préparatoire a certaines spécificités en ce qui concerne le moment de la naissance et le dernier moment quand sa mission est terminée. Ces points de départ et de fin représentent les limites et les critères temporels qui définissent la notion du contrat préparatoire. Par conséquent, il est nécessaire d'identifier le point de départ du contrat préparatoire (A), puis il faut examiner la fin du contrat préparatoire (B).

A : Le point de départ du contrat préparatoire

267. Les questions soulevées sont les suivantes : À partir de quel moment y a-t-il contrat préparatoire dans la période précontractuelle ? Le contrat préparatoire est-il toujours né au cours des négociations ou il peut exister en dehors du cadre des négociations ? Est-il possible de conclure un contrat préparatoire sans être précédé des pourparlers et des négociations entre les négociateurs ? Pour répondre à ces questions, on a deux hypothèses.

268. La première hypothèse la plus courante dans la pratique, la conclusion d'un contrat préparatoire qui peut intervenir pendant ou à la fin des négociations réussies entre les négociateurs. Le contrat préparatoire selon son nom est de nature préparatoire, ce contrat a pour objet de préparer, de faciliter, d'organiser et d'assurer la conclusion du contrat définitif. Par conséquent, le moment idéal pour un contrat est souvent à la phase de négociations

⁷⁸³ Cass. civ., 26 janvier 1967, n° 337-30 ; Voir aussi, Cass. civ., 09 décembre 1975, n° 992-26 ; Cass. civ., 03 juin 2003, n° 499-71 ; Cass. civ., 22 septembre 2008, n° 10464-76, inédit ; Cass. civ., 04 avril 2009, n° 3674-66 ; Cass. civ., 10 janvier 2012, n° 14435-79.

précontractuelles, surtout à la fin des négociations, lorsque les négociateurs souhaitent assurer leur succès pendant les négociations et améliorer leurs chances de conclure le contrat proposé⁷⁸⁴. En d'autres termes, le contrat préparatoire est une expression honnête pendant ou à la fin des négociations que les négociateurs ont l'intention sérieuse de conclure le contrat final. Il représente aussi une preuve des bonnes intentions des négociateurs et leur quête de la conclusion du contrat projeté.

269. Dans tous les cas, les négociateurs peuvent conclure des contrats préparatoires pendant la période précontractuelle dans différentes situations. Soit par la volonté claire et commune des négociateurs qui décideront de conclure l'un des contrats préparatoires⁷⁸⁵, par exemple le pacte de préférence, la promesse unilatérale, la promesse synallagmatique, etc. Soit par l'échange de messages écrits, ce que certains auteurs considèrent comme des contrats préparatoires conformément à leur contenu tels que la lettre normale, la lettre d'intention, les correspondances, les télécopies et les courriers électroniques. Mais ces formes sont souvent soumises à un contrôle judiciaire, pour déterminer si elles représentent vraiment un contrat préparatoire⁷⁸⁶. Dans tel cas, M. le professeur Ghestin a confirmé que la qualification de contrat préparatoire « *doit être encore écartée lorsque l'accord des volontés n'a pas donné naissance à des effets pourvus d'une force juridique obligatoire* »⁷⁸⁷.

270. La deuxième hypothèse est celle où la conclusion d'un contrat préparatoire est en dehors du cadre des négociations, mais sous l'ombre de la période précontractuelle. Selon certains auteurs, il est en pratique très fréquent que la période précontractuelle soit l'occasion d'accords de volontés communes par l'un des contrats préparatoires qui prépare la conclusion d'un contrat final, mais « *ces contrats préparatoires peuvent aussi bien être conclus directement, sur*

⁷⁸⁴ Mohamed Houssyen ABD-EL-AAL, *L'accord de réglementer les négociations contractuelles, Étude comparée analytique pour les moyens des négociations dans le commerce international*, op.cit., p.87.

⁷⁸⁵ Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, op.cit., p.104.

⁷⁸⁶ *Ibid.*, p.105.

⁷⁸⁷ Jacques GHESTIN, *Notion de contrat*, revue française de théorie juridique, 1990, n°12.

la base d'une simple offre, et hors de toute négociation contractuelle proprement dite »⁷⁸⁸. Tel que, par exemple le contrat de négociation. Ce contrat pourrait vraiment être un contrat préparatoire sans être précédé des négociations. Ce contrat préparatoire peut organiser le futur processus de négociation, les points à négocier, la durée de la négociation, les obligations des négociateurs pendant la période de négociation et les étapes de la négociation afin d'arriver en fin de compte à conclure le contrat projeté satisfaisant pour les parties à la négociation, « il s'agirait en quelque sorte d'un contrat préparatoire d'adhésion tel que l'on en trouve dans le domaine du droit de la consommation »⁷⁸⁹. Il est en effet assez aisé de remarquer que le contrat préparatoire ne constitue pas une réalité unitaire, il est assurément protéiforme, parce que parfois, le contrat préparatoire passe en un trait de temps, le contrat étant conclu instantanément. Le contrat préparatoire peut au contraire s'étendre sur des mois ou des années⁷⁹⁰. Pendant cette courte ou longue période de temps, il existe de nombreuses formes différentes, ainsi que de nombreuses façons de conclure ce contrat préparatoire.

B : La fin du contrat préparatoire

271. Après avoir vu comment le contrat préparatoire commence, il semble opportun de savoir comment ce contrat se termine. Le contrat préparatoire pourrait se terminer de différentes façons, la meilleure manière pour les négociateurs est quand la fin du contrat préparatoire est le moment de la naissance du contrat proposé. Il peut également se terminer par une rupture ou par l'arrivée d'un terme. Il est donc approprié d'étudier ces différentes façons, la fin du contrat préparatoire par conclusion du contrat définitif (1) puis, la fin par rupture du contrat préparatoire (2) et enfin la fin par arrivée du terme (3).

⁷⁸⁸ François COLLART-DUTILLEUL, Jean-Luc AUBERT, *Le contrat - Droit des obligations*, 5^e éd, Dalloz, 2017, p.52.

⁷⁸⁹ Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, *op.cit.*, p.106.

⁷⁹⁰ Claire POITEVIN, *L'avant-contrat en droit des contrats d'auteur*, *op.cit.*, p.13.

1 : La fin du contrat préparatoire par conclusion du contrat définitif

272. Selon la logique juridique, le contrat préparatoire prend fin si les négociateurs peuvent convenir de tous les termes essentiels du contrat définitif, cela signifie que le contrat préparatoire réussit à atteindre son objectif (la conclusion du contrat définitif). Autrement dit, le moment de la conclusion du contrat projeté est le moment de la déclaration de la fin du rôle du contrat préparatoire. La conclusion du contrat définitif et son entrée en vigueur permettent au contrat préparatoire de cesser par perte de son objet de façon automatique sans clause particulière. Dans ce sens, l'un des auteurs souligne que « *le critère que constitue la naissance des obligations du contrat final détermine seulement la limite aval de la catégorie des contrats préparatoires* »⁷⁹¹. On constate donc que c'est le moyen idéal pour les négociateurs, mais il ne représente pas la voie dominante en pratique, il existe d'autres façons.

2 : La fin par rupture du contrat préparatoire

273. Le contrat préparatoire ne garantit pas la conclusion du contrat proposé. Les négociateurs peuvent résilier leur contrat préparatoire si l'un des négociateurs estime l'absence d'espoir de conclure le contrat final, si l'un d'entre eux a des raisons sérieuses ou si le contrat préparatoire perd sa cause ou son intérêt⁷⁹². Ceci signifie que, le contrat préparatoire comme tout contrat peut se terminer par une rupture, mais dans ce cas la partie victime peut prétendre une indemnisation. Cette situation ne peut pas être comparée au droit de la rupture des négociations précontractuelles qui est un fruit de la liberté précontractuelle. Ceci est dû dans cette situation à la présence des parties dans un cadre de contrat ayant la force obligatoire⁷⁹³, dès lors il ne peut être rompu par une volonté unilatérale.

⁷⁹¹ François COLLART DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Thèse, 1988, p.4.

⁷⁹² Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, *op.cit.*, p.108.

⁷⁹³ L'article 1103 du Code civil français : « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ».

3 : *La fin par arrivée du terme*

274. La tâche principale du contrat préparatoire est de préparer le contrat définitif, et non pas sa conclusion. Ainsi, le contrat préparatoire peut se terminer par arrivée à son terme. Ce terme peut être soit une date précise convenue par les négociateurs à l'avance. Dans ce cas, le contrat préparatoire se terminera automatiquement à cette date. Sinon le terme peut être la fin de la mission du contrat préparatoire, par exemple si les parties conviennent que le contrat préparatoire a une tâche spécifique, comme l'obtention des informations nécessaires pour transférer une technologie et déterminer les obligations de chaque partie. Si les parties réussissent à atteindre ces objectifs, le contrat préparatoire aura accompli son objectif et sa mission⁷⁹⁴. Cela signifie qu'une fois la période de préparation terminée, le contrat préparatoire n'aura aucune justification pour son existence. La question qui se pose est : Le contrat préparatoire pourrait-il être à durée indéterminée ? il semble qu'il est impossible d'avoir en pratique un contrat préparatoire entre les parties à durée indéterminée, puisque ce genre de contrat est contraire à l'objectif principal du contrat préparatoire qui est la préparation du contrat définitif. Il est donc inconcevable que les parties aient un intérêt ou une cause logique pour conclure ce contrat indéterminé.

275. Après avoir défini la notion du contrat préparatoire et après avoir déterminé les critères de temps pour cette notion, cela conduit inévitablement à la nécessité de différencier la notion du contrat préparatoire des notions juridiques similaires.

⁷⁹⁴ Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, op.cit., p.110.

Sous-section 2 : La proximité du contrat préparatoire avec d'autres techniques contractuelles

276. Certes, la notion du contrat préparatoire n'existait pas au moment de la promulgation du Code civil français et son homologue égyptien. Elle est donc née grâce à pratique, où les négociateurs disposent d'un arsenal complet de contrats préparatoires permettant la conclusion du contrat définitif. La diversité de ces contrats entraîne une confusion entre la notion de ces contrats, d'autres notions juridiques contractuelles et précontractuelles. Ainsi, le contrat préparatoire, il est possible de confondre avec le contrat définitif lui-même dont le contrat préparatoire vise sa conclusion, parce que la notion de contrat préparatoire n'a pas de frontières claires, elle est souvent ambiguë et large comme déjà mentionné. Dès lors, elle est similaire à certaines notions et elle est synonyme d'autres, ce qui entraîne une confusion entre ces notions, cette confusion représente une source de contentieux. Par conséquent, la doctrine en France et en Égypte a tenté de clarifier la différence entre la notion de contrats préparatoires et les notions similaires. De ce fait, il convient d'étudier en premier lieu, la confusion possible entre les contrats préparatoires et les notions voisines similaires (§1). Avant de s'intéresser à la confusion possible entre le contrat préparatoire et le contrat définitif (§2).

§1: La confusion possible entre les contrat préparatoires et les notions voisines similaires

277. Il ne fait aucun doute qu'il est impossible de mentionner et différencier toutes les notions juridiques similaires à la notion de contrat préparatoire dans cette étude. Il est donc préférable de choisir certaines de ces notions qui sont très similaires et souvent confondus avec la notion de contrat préparatoire dans la pratique. Le premier de ces notions est le contrat préliminaire, surtout dans la doctrine égyptienne où la majorité des auteurs égyptiens confondent souvent le concept du contrat préparatoire avec le contrat préliminaire. De même, l'une des notions les plus associées à la notion de contrat préparatoire est l'avant-contrat parce que beaucoup d'auteurs croient que ces deux concepts sont synonymes, d'autres les considèrent comme différents. Aussi l'une des notions les plus importantes confondue avec le contrat préparatoire dans la

pratique, en particulier dans le domaine du commerce international est la lettre d'intention. Il convient donc de clarifier la différence entre les contrats préparatoires et les contrats préliminaires (A), avant de voir les difficultés que l'on rencontre au sujet des contrats préparatoires et l'avant-contrat (B). Puis, il convient d'étudier avec attention les contrats préparatoires et la lettre d'intention précontractuelle (C).

A : Les contrats préparatoires et les contrats préliminaires

278. Il y a souvent confusion entre la notion de contrats préparatoires et la notion de contrats préliminaires. Cette confusion apparaît clairement lorsque certains auteurs français et égyptiens définissent le contrat préparatoire comme un contrat préliminaire⁷⁹⁵. La question qui se pose : Est-ce que le contrat préparatoire est vraiment un contrat préliminaire ou pas ? Tout d'abord, l'expression de préliminaire signifie qu'il « *précède et prépare un acte grave soit afin d'en présenter le projet (discours préliminaire au vote d'une loi), soit en vue de le mettre au point (négociations préliminaires à la signature d'un traité), soit afin de ménager une période d'essai et de réflexion (convention préliminaire à la conclusion d'un accord définitif)* »⁷⁹⁶. Ce qui concerne notre sujet est cette dernière signification. En raison de cette dernière, la doctrine est divisée en deux opinions différentes.

279. Selon la première tendance, le contrat préparatoire est un contrat préliminaire⁷⁹⁷. À en croire l'un des partisans de cette tendance, « *la catégorie des contrats préparatoires serait une sous-catégorie des contrats préliminaires* »⁷⁹⁸. D'après cet auteur, « *le contrat préparatoire est tout d'abord un accord de volontés qui préfigure un contrat futur plus important. Il est donc un contrat préliminaire. Mais bien que préliminaire il se distingue des autres figures juridiques voisines par la destination exclusivement préparatoire de son objet. Il*

⁷⁹⁵ Ibrahim Abu-Lail ELDESOUKI, *La théorie de l'obligation, le contrat et la volonté*, Publications de l'université du Koweït, 1995, p.158.

⁷⁹⁶ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, op.cit., p.792.

⁷⁹⁷ L'un des partisans de cette opinion dans le droit égyptien, Jamal Fakir NAKAS, *Les contrats et les avant contrats*, op.cit., p.139.

⁷⁹⁸ Ahmed LASSOUED, *Les contrats préparatoires*, op.cit., p.82.

visé principalement à préparer le contrat définitif »⁷⁹⁹. Dans le même sens, à en croire un autre auteur, le contrat préliminaire correspondra à tous les contrats préparatoires, parce que les deux contrats ont le même but malgré la différence de leurs contenus, le contrat préparatoire a un objet précis d'être préparatoire au contrat définitif, alors que l'objet du contrat préliminaire sera la conclusion éventuelle d'un contrat définitif, mais en même temps, il ne force pas les parties à conclure le contrat définitif. Dès lors, chaque contrat comportant une obligation de contracter le contrat définitif sera un contrat préliminaire mais ne sera pas un contrat préparatoire. Donc, si l'objet du contrat préliminaire était la préparation du contrat projeté, dans ce cas il peut être considéré comme un contrat préliminaire préparatoire⁸⁰⁰. Cela signifie que le contrat préparatoire peut être une sous-catégorie du contrat préliminaire.

280. Selon la deuxième tendance, le contrat préliminaire sera une sous-catégorie des contrats préparatoires. L'un des partisans les plus importants de cette tendance est M. le professeur Collart Dutilleul, ce qui a été adopté dans son analyse de l'article L. 261-15 du Code de la construction et de l'habitation qui dispose que « *la vente prévue à l'article L. 261-10 peut être précédée d'un contrat préliminaire par lequel, en contrepartie d'un dépôt de garantie effectué à un compte spécial, le vendeur s'engage à réserver à un acheteur un immeuble ou une partie d'immeuble. Ce contrat doit comporter les indications essentielles relatives à la consistance de l'immeuble, à la qualité de la construction et aux délais d'exécution des travaux ainsi qu'à la consistance, à la situation et au prix du local réservé. Les fonds déposés en garantie sont indisponibles, incessibles et insaisissables jusqu'à la conclusion du contrat de vente* ». Selon lui, on peut qualifier le contrat préliminaire dans cet article comme un pacte de préférence à titre onéreux⁸⁰¹. Son opinion est soutenue en affirmant que « *le pacte soit défini en*

⁷⁹⁹ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, op.cit., p.391.

⁸⁰⁰ Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, op.cit., p.278.

⁸⁰¹ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, op.cit., p.393.

matière de prix transforme ce pacte en contrat synallagmatique, tout en modelant ensuite la qualification du contrat préliminaire en fonction de l'avancée de l'opération contractuelle »⁸⁰². En fin de compte, il a conclu que le contrat préliminaire est dans la catégorie des contrats préparatoires à la vente d'immeubles, qui est lui-même dans la catégorie générale des contrats préparatoires.

281. A l'issue de ces différentes analyses, il semble que ces opinions peuvent être réconciliées en affirmant que d'une part, le contrat préparatoire ne peut pas être défini comme un contrat préliminaire, parce que cette définition est ambiguë et soulève la confusion entre le contrat préliminaire en sens général dans la période précontractuelle et le contrat préliminaire prévu à l'article L.261-15 du Code de la construction et de l'habitation. Cela rend également la notion de contrat préparatoire très étroite. D'autre part, le contrat préliminaire est l'une des formes du contrat préparatoire et n'est pas synonyme de celui-ci, vu qu'ils ont le même objectif, mais leur objet est différent. Ainsi, le contrat préparatoire est un concept plus large et peut inclure dans sa sous-catégorie de nombreux contrats, y compris le contrat préliminaire.

B : Les contrat préparatoires et l'avant-contrat

282. Tout d'abord, il convient de noter que la notion de l'avant-contrat est en elle-même une notion double, elle désigne la période qui précède le contrat définitif⁸⁰³ et signifie aussi les contrats qui précèdent le contrat définitif. Ceci est confirmé par l'un des auteurs en affirmant que l'avant-contrat « *désigne la phase informelle des négociations qui précède le contrat mais aussi le contrat lui-même, lorsque son objet est d'en préparer un autre* »⁸⁰⁴. Ce sens dernier est l'objet

⁸⁰² François COLLART DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, op.cit., 1988, p.60.

⁸⁰³ Pour certains auteurs « *l'avant-contrat n'est pas seulement le temps de la discussion, de la préparation d'une première relation contractuelle. Il s'insère dans la période qui commence à partir de la naissance du contrat, de son existence, et s'étend même jusqu'à son extinction* », Voir Aurélien BARBASON, *L'avant-contrat de distribution*, Thèse, Montpellier 1, 2008, p.21.

⁸⁰⁴ Olivier DESHAYES, Denis MAZEAUD, John CARTWRIGHT, Christophe SERAGLINI, *L'avant-contrat: Actualité du processus de formation des contrats*, op.cit., p.49.

d'étude et de comparaison avec la notion des contrats préparatoires. La question fondamentale qui se pose est : Quelle est la cause de confusion entre les deux notions ? Il semble que la réponse à cette question réside dans les définitions contenues dans les dictionnaires juridiques français et les opinions de certains auteurs, qui croient que les deux concepts sont synonymes. Avant de commencer, il convient de souligner qu'il n'y a pas de synonyme pour l'avant-contrat dans la doctrine égyptienne, où les auteurs égyptiens utilisaient généralement la notion de contrats préparatoires ou de contrats préliminaires.

283. En premier lieu, on peut confirmer que la plupart des dictionnaires juridiques traitent les deux notions comme synonymes. Par exemple, l'avant-contrat a été défini dans le dictionnaire du vocabulaire juridique comme une « *forme contractuelle des pourparlers destinée à préparer la conclusion d'un contrat définitif. Encore appelés contrats préparatoire, contrats provisoires ou contrats préalables, les avant-contrats sont des contrats ayant pour objet de négocier un contrat définitif (accord de principe, lettres d'intention), réserver un immeuble à construire (contrat préliminaire), préférer un éventuel contractant (pacte de préférence), contracter (contrat-cadre) ou consentir au contrat définitif (promesses de contrat)* »⁸⁰⁵. De même, elle a été définie comme un « *accord de volontés par lequel deux ou plusieurs personnes s'engagent à réaliser dans l'avenir un contrat définitif par exemple : promesse de vente, promesse de prêt. On les appelle aussi contrats préalables, contrats préparatoires ; contrats provisoires* »⁸⁰⁶. Selon Cornu, l'avant-contrat est « *une expression doctrinale désignant soit de véritables contrats, soit plus généralement et plus vaguement toute espèce d'accord préliminaire passé lors de pourparlers, de façon souvent informelle, en vue de la conclusion ultérieure d'une convention en général plus formaliste, mais faisant déjà naître à titre provisoire...* »⁸⁰⁷. Pour lui, l'avant-contrat est comme le contrat préparatoire, il n'y a pas de différence entre eux, parce qu'ils ont un objectif commun, qui est la conclusion du contrat final, en conséquence, ils sont des notions synonymes.

⁸⁰⁵ Rémy CABRILLAC, *Dictionnaire du Vocabulaire Juridique*, 8^e éd, Lexis Nexis, 2017, p.59.

⁸⁰⁶ Serge GUINCHARD, Thierry DEBARD, (dir.) *Lexique des termes juridiques*, op.cit., p.120.

⁸⁰⁷ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, op.cit., p.111.

284. En deuxième lieu, la doctrine majoritaire considère également que les deux notions sont synonymes. À en croire Mme le professeur Fabre Magnan, l'avant-contrat « *est un contrat préparatoire à la conclusion d'un autre contrat* »⁸⁰⁸. Dans le même contexte, Mme le professeur Mirène Geninet a défini l'avant-contrat comme « *un accord sur certains éléments du contrat principal accompagné d'un pacte d'option ou d'une promesse de contrat, c'est-à-dire d'un engagement obligatoire de considérer le contrat définitif comme conclu, donc de l'exécuter en cas de levée de l'option par le bénéficiaire, ou d'un engagement obligatoire de conclure le contrat principal lorsque les conditions prévues dans l'avant-contrat sont réunies* »⁸⁰⁹. De plus, selon elle « *l'avant-contrat est donc un contrat qui prépare la formation d'un contrat principal soit par le mécanisme du droit d'option soit par l'obligation d'organiser la perfection du contrat définitif* »⁸¹⁰. En outre, selon certains auteurs les deux notions ne sont certainement pas synonymes juridiquement, mais elles le sont selon l'aspect de la pratique en affirmant que « *le contrat préparatoire et l'avant-contrat en tant que synonymes, de même que les termes de promesse ou de compromis* »⁸¹¹.

285. En troisième lieu, bien que les deux notions soient synonymes pour certains auteurs, elles doivent être distinguées, parce que les contrats préparatoires et l'avant-contrat sont donc deux « *réalités juridiques distinctes* »⁸¹². Tout d'abord, la notion de contrats préparatoires a été distinguée de notion l'avant-contrat par son étendue. L'avant-contrat (selon l'une de ses définitions) ne regroupe que la promesse de contrat alors que le contrat préparatoire représente une catégorie pratique plus large englobant la catégorie d'avant contrat ainsi que

⁸⁰⁸ Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral, op.cit.*, p.236 ; Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op.cit.*, p.237.

⁸⁰⁹ Mirène GENINET, *Théorie générale des avant contrats en droit privé, op.cit.*, p.252; Voir aussi, Étienne LEDUC, *Des avant-contrats*, Thèse, Paris, 1909, p.29.

⁸¹⁰ *Ibid.*, p.402.

⁸¹¹ Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire, op.cit.*, p.270.

⁸¹² Solène RINGLER, *Existe-t-il une théorie générale de l'avant-contrat ?* Thèse, Toulouse, 2010, p.8.

divers autres contrats et chaque accord précédant le contrat définitif⁸¹³. Dans la même direction, selon certains auteurs le contrat préparatoire pourrait se distinguer de l'avant-contrat par un objet très large et indéterminé parce que la notion de l'avant-contrat ne serait que les contrats précédant le contrat définitif, alors que le contrat préparatoire inclut tous les contrats précédant et préparant la conclusion de ce contrat définitif⁸¹⁴. Donc, la catégorie de l'avant-contrat serait donc une sous-catégorie de celle des contrats préparatoires. D'après un autre auteur, « *l'expression d'avant contrat est en définitive assez neutre. Elle a vocation à s'appliquer à tout contrat qui viendrait à être conclu antérieurement à la formation d'un contrat définitif. La qualification de contrat préparatoire est en revanche plus précise, puisque, elle s'attache à souligner la fonction de ce contrat* »⁸¹⁵. À en croire d'autres auteurs, l'avant-contrat est un contrat mais pas celui au cœur des perspectives des négociateurs. Toujours préparatoire à la conclusion du contrat définitif à titre principal et essentiel par les contractants, l'avant-contrat s'entend donc comme un accord a priori provisoire, dans l'attente de la conclusion du contrat projeté⁸¹⁶. Enfin, on voit que la notion de contrats préparatoires doit être préférée à celle d'avant contrat⁸¹⁷ vu que ce dernier est une notion trompeuse et ambiguë. Ainsi, la notion de l'avant-contrat symbolise et indique parfois la période qui précède le contrat définitif⁸¹⁸. En conséquence, elle se confond avec la notion de la période précontractuelle⁸¹⁹. « *Le mot avant-contrat n'est point précis, étant susceptible de désigner tout accord conclu au*

⁸¹³ En ce sens, François COLLART DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, op.cit., p.1.

⁸¹⁴ Grégory MAITRE, *L'avant-contrat : actualité du processus de formation des contrats*, PUF, 2008, p.123.

⁸¹⁵ Grégory SEAUMAIRE, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Thèse, Savoie, Chambéry, 2004, p.14.

⁸¹⁶ Véronique NICOLAS, *Droit des obligations, le contrat*, Ellipses Marketing, 2017, p.80.

⁸¹⁷ Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, Éric SAVAUX, *Les obligations, 1. l'acte juridique*, op.cit., p.117.

⁸¹⁸ Olivier DESHAYES, Denis MAZEAUD, John CARTWRIGHT, Christophe SERAGLINI, *L'avant-contrat : Actualité du processus de formation des contrats*, op.cit., p.8.

⁸¹⁹ Alain BENABENT, *Droit des obligations, à jour de la réforme de 2016 et des projets de 2017*, op.cit., p.50.

*cours des pourparlers et les pourparlers eux-mêmes »*⁸²⁰. Dès lors, on peut affirmer qu'il vaut mieux utiliser la notion de contrats préparatoires, parce qu'elle reflète exactement la véritable nature des contrats préparatoires, cela signifie qu'elle représente une notion très claire, bien définie, plus précise, et elle évitera toute confusion possible entre la notion d'avant contrat et celle des avant-contrats.

286. En dernier lieu, il n'est pas inutile de souligner que certains auteurs considèrent que la notion de contrat préparatoire est synonyme de la notion des avant-contrats. Parmi les plus célèbres de ces auteurs, les professeurs Mousseron, Guibal, Mainguy ont utilisé la notion des avant-contrats comme synonyme de la notion de contrats préparatoires en affirmant que « *le cœur de l'avant-contrat contractuel, ce que l'on appelle souvent le domaine des avant-contrats ou des contrats préparatoires, des formes contractuelles de la négociation...* »⁸²¹. D'après les auteurs de cette tendance, « *les avant-contrats sont des contrats conclus dans la période précontractuelle. Ils ont pour point commun d'organiser la construction par étape du contrat définitif, de gérer sa conclusion dans le temps, de la préparer, de la retarder et parfois de l'anticiper* »⁸²². Ils classent et distinguent les avant-contrats en trois types⁸²³. Le premier type regroupe les avant-contrats qui comprennent tous les éléments essentiels du contrat définitif comme par exemple, les promesses de contracter. Le deuxième type regroupe les avant-contrats qui réunissent pour partie les éléments essentiels du contrat proposé, comme par exemple, le contrat cadre⁸²⁴. Le troisième type associe un grand nombre des avant-contrats comme par exemple, les accords intermédiaires

⁸²⁰ Marcel PLANIOL, Georges RIPERT, Paul ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, T.VI, LGDJ, 1952, n° 144, cité par Claire POITEVIN, *L'avant-contrat en droit des contrats d'auteur*, *op.cit.*, p.15.

⁸²¹ Jean-Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL, Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat*, *op.cit.*, p.249.

⁸²² Claire POITEVIN, *L'avant-contrat en droit des contrats d'auteur*, *op.cit.*, p.16.

⁸²³ Philippe DELEBECQUE, Frédéric-Jérôme PANSIER, *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, *op.cit.*, p.56.

⁸²⁴ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droits des obligations*, *op.cit.*, p.238.

et les accords de négociations ⁸²⁵. On peut observer que la notion des avants-contrats peut effectivement être synonyme de la notion des contrats préparatoires et il n'y a pas de réelle différence entre eux selon les définitions précédentes. Mais il est toujours préférable d'utiliser la notion de contrat préparatoire car elle reflète précisément la nature de ces contrats et leur objet.

C : Les contrats préparatoires et la lettre d'intention précontractuelle

287. Il est très fréquent dans la période précontractuelle et pendant les négociations précontractuelles que les négociateurs peuvent se mettre d'accord sur l'existence d'une lettre d'intention afin de cadrer et de guider leurs relations dans une telle période ⁸²⁶. Cette lettre d'intention sera très utile lorsque les négociateurs souhaiteront avoir une période de réflexion et plus d'informations essentielles pour déterminer leur volonté de s'engager ultérieurement par le contrat projeté. Par conséquent, la lettre d'intention permet aux négociateurs de négocier prudemment en déclarant leur volonté de contracter et en se réservant le droit de ne pas conclure le contrat définitif ⁸²⁷. Elle représente donc un outil de négociation équilibré, sécurisé et satisfaisant pour les négociateurs. Cette lettre d'intention peut prendre plusieurs formes dans la pratique, celle d'un courrier, d'un e-mail ou d'une lettre ou encore d'une déclaration plus formelle, dans laquelle l'un des négociateurs mettra dans cette lettre son vrai désir, afin de négocier de bonne foi et divulguer les informations nécessaires tout en préservant la confidentialité de ces informations, afin de conclure le contrat projeté.

288. La raison de la confusion entre la notion de contrats préparatoires et la notion de la lettre d'intention est que les deux documents sont nés pendant la période précontractuelle et que tous les deux ont un contenu similaire dans certains cas. Par exemple, les lettres d'intention peuvent être définies comme des

⁸²⁵ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, *op.cit.*, p.305.

⁸²⁶ Jean-Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL, Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat*, *op.cit.*, p.237.

⁸²⁷ Mustafa ALAWGI, *Le droit civil, Théorie des contrats*, tome1, Halabi pour les publications juridiques, Beyrouth, 1995, p.2.

actes juridiques unilatéraux qui préparent la conclusion d'un contrat proposé. Dans ce sens, M. le professeur Ghestin a déclaré que « *les contrats préparatoires sont souvent constitués en pratique par un échange de lettres d'intention* »⁸²⁸. De l'avis des certains auteurs, la notion de lettre d'intention : « *il s'agit là d'une terminologie assez vague qui recouvre parfois des techniques juridiques classiques (promesse de contrat, contrat sous condition), et parfois des manifestations de volonté qui se situent les simples pourparlers et l'accord définitif* »⁸²⁹. La doctrine majoritaire admet donc que la lettre d'intention est l'un des mécanismes de la formation des contrats. Cette lettre intervient pendant la période de négociation, précède le contrat définitif et possède le même champ d'application que le contrat préparatoire ou l'avant-contrat⁸³⁰. Par conséquent, il est nécessaire de déterminer la définition, le contenu de cette lettre et de qualifier sa nature.

289. En premier lieu, en ce qui concerne la définition de cette notion. La lettre d'intention est la traduction française du terme anglo-saxon *memorandums of understanding*⁸³¹, elle a plusieurs autres synonymes, *lettre of understanding*, protocole d'accord, accord de principe, etc. Cependant, il n'existe pas de notion juridique bien définie pour la lettre d'intention. Comme l'a souligné un auteur, « *la lettre d'intention fréquente dans la technique actuelle de négociation des contrats internationaux est d'une définition difficile, ...et flou* »⁸³². Il y a cependant quelques tentatives de la part des auteurs français et égyptiens pour définir cette lettre. Par conséquent, la lettre d'intention peut être définie comme une lettre par laquelle l'un des négociateurs déclare sa volonté de négocier,

⁸²⁸ Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, op.cit.*, n° 240, p.188.

⁸²⁹ Jean-Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL, Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat, op.cit.*, p.240.

⁸³⁰ Mirène GENINET, *Théorie générale des avant contrats en droit privé, op.cit.*, p.248 ; Bruno DONDERO, *La valeur d'une lettre d'intention*, Recueil Dalloz, 2011, p.284.

⁸³¹ Raymond BAILLOD, *Les lettres d'intentions*, RTD com. 1992, p.547.

⁸³² Guy PEVTCHIN, *La lettre d'intention*, DPCI, 1979, p.50, cité par Mirène GENINET, *Théorie générale des avant contrats en droit privé, op.cit.*, p.247 ; Hugues KENFACK, Solène RINGLER, *Droit des contrats spéciaux, op.cit.*, p.28.

poursuivre des négociations, ou son intention de conclure le contrat projeté ⁸³³. Dans ce sens, M. le professeur Collart Dutilleul a confirmé que « *la lettre d'intention fait partie des contrats de pourparlers qui ont pour but de contraindre les parties à engager ou à poursuivre des pourparlers* »⁸³⁴. De même, dans la doctrine égyptienne, il n'y a pas de définition précise ou de cadre juridique pour la lettre d'intention. Pourtant, pour certains auteurs, la lettre d'intention est une lettre utilisée dans l'étape précontractuelle pour divulguer les intentions sérieuses des parties afin de conclure le contrat définitif ⁸³⁵. Selon l'un des auteurs égyptiens, la lettre d'intention peut être définie comme un accord préliminaire conclu par les négociateurs avant la conclusion du contrat définitif dans le but d'organiser le processus de négociation ⁸³⁶. Il convient cependant de distinguer la lettre d'intention, qui se trouve à la période précontractuelle à l'occasion de la négociation d'un contrat ⁸³⁷, lettre d'intention utilisée en tant que sûreté

⁸³³ Aurélien BARBASON, *L'avant-contrat de distribution*, *op.cit.*, p.292.

⁸³⁴ Mirène GENINET, *Théorie générale des avant contrats en droit privé*, *op.cit.*, p.247.

⁸³⁵ Abou AL Ella EL NEMR, *Les négociations de contrats commerciaux internationaux*, *op.cit.*, p.76 ; Samir Abd El Saimaa AL-AWDAN, *Les lettres d'intention pendant la phase de négociation*, Monshatte AL Marref, Alexandrie, 2005, p.1; Mounir Mohammed AL-JANABIHI, Mohammed AL-JANABIHI, *L'utilisation les lettres électroniques dans les contrats internationaux*, Dar Al-Faker Al-Gamyai, Alexandrie, 2006, p.183.

⁸³⁶ Samir Abd El Saimaa AL-AWDAN, *Les lettres d'intention pendant la phase de négociation*, *op.cit.*, p.9.

⁸³⁷ Françoise LABRTHE, *La notion de document contractuel*, LGDJ, 1994, p.139.

personnelle ⁸³⁸ et la lettre d'intention qui représente un instrument de garantie, souvent appelée lettre de confort ⁸³⁹.

290. En deuxième lieu, en ce qui concerne le contenu de la lettre d'intention. De manière générale, cette lettre est utilisée dans des situations pratique très diverses, son contenu et sa finalité très différents ⁸⁴⁰ selon les circonstances et selon les besoins des parties, où ils ont toute la liberté de déterminer les éléments de cette lettre. Lorsque les parties peuvent identifier les éléments qui seront discutés et négociés et déterminer qui prendra en charge les frais engagés, les négociateurs peuvent identifier les éléments qui ont déjà été convenus. Cette lettre peut également contenir des clauses importantes pour les négociateurs, par exemple, l'un des négociateurs ou les deux peuvent interdire les négociations parallèles avec d'autres négociateurs sur le même sujet (la clause d'exclusivité). Ainsi, l'un des négociateurs ou les deux ont la possibilité de stipuler la confidentialité des informations divulguées lors de la négociation que ce soit pour une période déterminée ou indéterminée (la clause de confidentialité).

⁸³⁸ « *Engagement de faire ou de ne pas faire dont l'objet est d'apporter un soutien à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier* ». Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, op.cit., p.607 ; Voir aussi, Jean-Jacques ANSAULT, *De la distinction entre un cautionnement et une lettre d'intention*, RLDC, 2011, n° 88, p.49 ; Bruno DONDERO, *Réflexions sur les mécanismes d'autorisation des sûretés et garanties par les sociétés anonymes*, Recueil Dalloz, 2004, p.406 ; Dominique LEGAIS, *Garanties, lettre d'intention, lettre donnant naissance à une obligation de résultat*, RTD.com, 2010, p.773 ; Voir en droit égyptien, Ahmed Al-Saeed AL ZARKAD, *Vers une théorie générale de la rédaction des contrats, étude comparative sur le pouvoir contraignant des documents contractuels*, Publications de la université du Koweït, 2001, p.2.

⁸³⁹ « *Lettre par laquelle une société intervient auprès d'un établissement de crédit afin que celui-ci accord son concours à une autre société, en promettant un renfort (filiale, partenaire), acte unilatérale qui, s'il acceptée, soumet son auteure à un engagement juridique dont l'objet et la portée dépendent, à partir des termes de la lettre, de la commun intention des parties : maintenir sa participation, soutenir la trésorerie de l'emprunteur, se substituer à lui en cas de défaillance et garantir une dette, etc* ». Voir, Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, op.cit., p.607 ; Voir en droit égyptien, Khalil Victor TADROS, *Les lettres d'intention émises par les sociétés mères pour ses filiales et leur valeur juridiques*, Dar AL-Nahda AL-Arabiya, le Caire, 2007, p.7.

⁸⁴⁰ Aurélien BARBASON, *L'avant-contrat de distribution*, op.cit., p.291.

291. En troisième lieu, concernant sa nature, la doctrine est divisée autour de cette question. Selon la première tendance, la lettre d'intention n'est pas un contrat préparatoire, parce que les parties de la lettre d'intention expriment seulement leur intention et ils ne veulent pas entrer dans un cadre contractuel. Par conséquent, on trouve dans la plupart des lettres, des clauses d'exclusion du caractère contractuel de ces dernières ⁸⁴¹, par une clause de style : « *sans être contractuel* » ou « *sans obligations de notre part* » ⁸⁴². Selon certains auteurs, « *idéalement, la lettre d'intention se situe dans le non-droit : aucun lien juridique n'existe entre les parties* » ⁸⁴³. D'après certains auteurs, souvent l'objet de la lettre ne concerne pas forcément le règlement des points précis de la négociation, par exemple lorsque le but de la lettre est simplement d'annoncer l'intention d'entrer en négociations précontractuelles ou de fixer un des éléments du contrat projeté. Aucune de ces lettres peuvent être considérés comme un contrat préparatoire, parce qu'« *il n'y a pas de rapport obligataire constitué* » ⁸⁴⁴. À cet égard, Mme le professeur Mirène Geninet a observé qu'« *une distinction doit être faite entre les contrats qui organisent les pourparlers et les accords sur certains éléments du contrat principal* » ⁸⁴⁵. Selon elle, la première catégorie est celle qui peut être qualifiée de contrats préparatoires, car elles font naître à la charge des parties de véritables obligations. Alors que, la deuxième catégorie représente des lettres d'intention qui se bornent à constater que l'accord des parties s'est fait sur tel ou tel élément du contrat définitif et qu'il n'y a plus à y revenir et ne peut jamais être considéré comme des contrats préparatoires ⁸⁴⁶. Selon cette tendance, la lettre d'intention n'oblige pas son auteur, elle manifeste la simple intention d'entrer en négociations précontractuelles, le projet ou le document résumant simplement

⁸⁴¹ Ahmed LASSOUED, *Les contrats préparatoires*, op.cit., p.77.

⁸⁴² Georges ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Thèse, Paris 1965, p.581, cité par Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, op.cit., p.88.

⁸⁴³ G. PEYTCHIN, *La lettre d'intention*, DPCI, 1979, p.52, cité par Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, op.cit., p.89.

⁸⁴⁴ Mustafa Ahmed ABD AL-GAWAD, *Les lettres d'intention émis par des tiers dans le domaine du crédit*, Dar Al-Faker Al-Gamyai, Alexandrie, 2000, p.4.

⁸⁴⁵ Mirène GENINET, *Théorie générale des avant contrats en droit privé*, op.cit., p.253.

⁸⁴⁶ *Ibid.*, p.253.

l'état des négociations ⁸⁴⁷. Donc, la lettre d'intention est en principe sanctionnée par le régime de responsabilité délictuelle lorsqu'elle n'a aucune valeur ou effet contractuel car elle s'inscrit dans la période de négociation qui par nature est extracontractuelle ⁸⁴⁸. Dans ce contexte, selon certains auteurs égyptiens, la détermination de la force obligatoire d'une lettre d'intention dépend de la volonté des parties et il faut distinguer ici deux hypothèses : la première hypothèse, lorsque la lettre d'intention est par nature un acte non contraignant pour ses parties, dans ce cas son objectif est de réglementer les étapes de la négociation sans établir d'obligations contractuelles entre les négociateurs. La deuxième hypothèse, lorsque les parties souhaitent que la lettre d'intention soit juridiquement contraignante. Dans ce cas, les parties déclarent expressément, lors de la formulation de la lettre, que cette dernière a la force obligatoire et représente un contrat pour eux. Ainsi, il est préférable de déterminer la loi applicable et le pouvoir judiciaire compétent en cas de litige sur son interprétation ⁸⁴⁹.

292. Selon la deuxième tendance, la lettre d'intention est considérée comme un contrat préparatoire parce que « *le plus souvent cependant, la lettre d'intention n'a pas d'autre objet que de fixer le cadre de la négociation* »⁸⁵⁰. En d'autres termes, la lettre d'intention, n'oblige pas les parties à conclure le contrat définitif et elle vise souvent à encadrer les négociations précontractuelles. D'après les partisans de cette tendance, la lettre d'intention est l'un des instruments des négociateurs pendant la période précontractuelle et elle est souvent précédée par le contrat projeté. Elle détermine les éléments du futur contrat sur lesquels les contractants se sont déjà entendus en attendant la conclusion du contrat définitif. La lettre d'intention est donc un acte juridique unilatéral, son contenu comprend un accord de nature contractuelle destiné à organiser les négociations afin de conclure le contrat proposé. De ce point de vue, elle pourrait être qualifiée comme

⁸⁴⁷ Aurélien BARBASON, *L'avant-contrat de distribution*, op.cit., p.293.

⁸⁴⁸ Jean-Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL, Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat*, op.cit., p.243.

⁸⁴⁹ Abou AL Ella EL NEMR, *Les négociations de contrats commerciaux internationaux*, op.cit., p.77.

⁸⁵⁰ Jean-Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL, Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat*, op.cit., p.240.

un contrat préparatoire ⁸⁵¹. Donc dans ce cas, la lettre d'intention est sanctionnée par le régime de la responsabilité contractuelle. À cet égard, il devrait être souligné que la lettre d'intention peut être dans certains cas, un contrat de négociation dans le vrai sens où son objectif est de négocier de bonne foi « *quel que soit le nom sous laquelle elle est mise en œuvre (...) que, comme tout contrat, les parties aient conclu un accord et se soient engagées à négocier et seulement à négocier, se réservant la possibilité de ne pas conclure le contrat projeté au terme des négociations* »⁸⁵². Ce contrat de négociation regroupe deux types de lettres d'intention, « *celles qui organisent le déroulement des pourparlers et celles qui constatent les accords intervenus au cours des pourparlers sur certains éléments du contrat principal* »⁸⁵³. Ainsi, la lettre d'intention peut se transformer en contrat définitif « *il conviendra de rechercher à travers le contenu de la lettre si elle présente les caractères d'une offre au sens juridique du terme ou d'une acceptation ou bien si elle doit être assimilée à de simple pourparlers* »⁸⁵⁴, où dans la première hypothèse elle est considérée comme un contrat définitif sans aucun doute.

293. On constate donc que la lettre d'intention précontractuelle est l'une des formes du contrat préparatoire et n'est pas synonyme de celui-ci, parce qu'ils ont la plupart du temps le même objectif et objet. Cette similitude a conduit à la confusion entre eux.

§2 : La confusion possible entre le contrat préparatoire et le contrat définitif

294. Le contrat préparatoire contient souvent le projet du contrat définitif, ainsi que des éléments essentiels ou accessoires. C'est pourquoi il est légitime de penser que le contrat préparatoire peut être considéré comme un contrat définitif. Certains auteurs pourraient penser qu'il est difficile de confondre entre le contrat préparatoire et le contrat définitif. À vrai dire, il est certainement

⁸⁵¹ Françoise LABARTHE, *La notion de document contractuel*, LGDJ, 1994, n° 249.

⁸⁵² Barthélémy MERCADAL, *Contrats et droits de l'entreprise*, Memento Francis Lefebvre, 1998, n°1662.

⁸⁵³ Mirène GENINET, *Théorie générale des avant contrats en droit privé*, *op.cit.*, p.253.

⁸⁵⁴ Jean-Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL, Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat*, *op.cit.*, p.244.

difficile de faire une telle confusion, mais il est pratiquement possible, surtout lorsque les négociateurs concluent un contrat lors de la période précontractuelle et qu'une partie estime qu'il s'agit d'un contrat préparatoire alors que l'autre partie croit qu'il s'agit d'un contrat définitif. En outre, il existe certaines formes de nature contractuelle (la promesse unilatérale de contrat) pouvant donner l'impression de conclure un contrat définitif, bien qu'ils soient des contrats préparatoires. Ces situations et d'autres ont causé beaucoup de conflits. C'est pourquoi il est intéressant de s'y intéresser.

295. Il convient de souligner que la différence entre le contrat préparatoire et le contrat définitif n'est pas une question de formation⁸⁵⁵, parce que les deux contrats doivent respecter les conditions de formes et de fond de tout contrat.

296. En premier lieu, le contrat préparatoire doit négocier et préparer les éléments essentiels du contrat projeté, sinon, il ne peut pas être considéré comme un contrat préparatoire. Par ailleurs, le contrat définitif doit inclure tous les éléments essentiels au consentement définitif⁸⁵⁶, sinon, il ne peut pas se former. Dans le même esprit, à en croire un auteur égyptien, le contrat préparatoire est l'accord qui ouvre la voie pour le contrat final qui n'est pas encore né car il lui manque un ou plusieurs éléments essentiels qui doivent être disponibles pour qu'il puisse être considéré comme un contrat définitif⁸⁵⁷. Par conséquent, ce point de vue exclut certaines figures de la notion de contrat préparatoire en raison de leurs caractéristiques ou de leurs natures, telles que les contrats de promesses, « *la réserve de confirmation et l'offre préalable notamment au motif qu'il s'agit d'accord unilatéraux se distinguant des contrats préparatoires qui sont en premier des accords de volontés* »⁸⁵⁸. On peut comprendre que le but de ce concept étroit du contrat préparatoire est de réduire le nombre de formes qui est soumis à la catégorie des contrats préparatoires et de réduire ainsi le nombre de

⁸⁵⁵ Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, op.cit., p.146.

⁸⁵⁶ Ahmed LASSOUED, *Les contrats préparatoires*, op.cit., p.56.

⁸⁵⁷ Hoda Abd ALLAH, *Le système juridique de la période précontractuelle*, op.cit., p.306.

⁸⁵⁸ Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, op.cit., p.148.

litiges, puisque les chances de confondre les deux contrats selon ce point de vue semblent presque impossibles.

297. En deuxième lieu, de l'avis de certains auteurs, la distinction entre le contrat préparatoire et le contrat définitif ne dépend pas de la présence d'éléments essentiels ou de leur absence. D'après eux, le pacte de préférence est un contrat préparatoire, bien qu'il ne comprenne pas les éléments essentiels à la validité du contrat définitif. Ils estiment que les négociateurs « *ont la possibilité d'ériger des conditions non essentielles à la validité du contrat en élément essentiel à la validité de leur consentement* »⁸⁵⁹. Aussi l'élément érigé qui est convenu par les négociateurs comme élément essentiel pour eux ne pourra être pas suppléé par le juge parce que, c'est les négociateurs qui ont décidé que cet élément serait déterminant de leur consentement définitif au contrat projeté. Donc, le juge ne peut pas modifier ou forcer une promesse de contrat dont un élément serait défaillant. M. le professeur Collart Dutilleul soutient ce point de vue en affirmant que « *la mission du juge n'est pas de faire les contrats ; le juge ne peut apporter au contrat un élément essentiel qui fait défaut* »⁸⁶⁰.

298. En troisième lieu, l'opinion doctrinale en Égypte est qu'il est possible de distinguer entre le contrat préparatoire et le contrat définitif en fonction du critère de temps ou de la temporalité. Selon certains auteurs, le contrat préparatoire est un contrat à durée déterminée, alors que le contrat définitif est un contrat à durée déterminée ou à durée indéterminée⁸⁶¹. Il est vrai que le contrat préparatoire conformément aux règles générales est un contrat à durée déterminée. De ce fait, il est inconcevable que le contrat préparatoire ait un caractère permanent, que ce soit par sa nature ou par la volonté de ses parties. Il semble donc que le critère de la temporalité est un critère décisif pour le distinguer, pour la majorité des auteurs égyptiens.

⁸⁵⁹ Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, op.cit., p.148.

⁸⁶⁰ François COLLART DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, op.cit., p.156.

⁸⁶¹ Mohamed Houssyen ABD-EL-AAL, *L'accord de réglementer les négociations contractuelles, Étude comparée analytique pour les moyens des négociations dans le commerce international*, op.cit., p.87.

299. En dernier lieu, d'après certains auteurs, le critère de distinction entre les deux contrats est que chaque contrat a un objet complètement différent de l'autre. En ce sens, l'un des auteurs estimait que « *le contrat préparatoire qu'il ne peut, de par son objet valoir le contrat définitif. Il est exclusivement cantonné à une fonction préparatoire* »⁸⁶². Lorsque l'objet du contrat préparatoire est de préparer le futur contrat en organisant les négociations, les poursuivre, et en leur fixant un cadre général. Ce contrat préparatoire met à la charge des négociateurs un certain nombre d'obligations particulières tendant à faire respecter des points sur lesquels l'accord s'est déjà fait, ou un certain nombre de conditions qui doivent être respectées par les parties pendant ou après les négociations. Dans cette direction, la jurisprudence française a affirmé que « *conclure le contrat préparatoire, c'est faire une halte dans l'élaboration du contrat définitif et il est faux d'y voir le contrat lui-même* »⁸⁶³. Dès lors, la différence entre l'objet du contrat préparatoire et le contrat définitif permet au contrat préparatoire de se distinguer de certaines techniques contractuelles comme le contrat définitif.

Section 2 : La qualification appropriée du contrat préparatoire

300. Le contrat préparatoire est sans aucun doute un acte juridique exprimant la volonté expresse des parties d'obtenir des effets juridiques spécifiques. Afin d'appliquer le droit à cet acte juridique, il est nécessaire de qualifier ce dernier pour déterminer le système juridique dans lequel il entre. Ce processus de qualification est souvent la tâche de la doctrine, des juges ou des parties intéressées⁸⁶⁴. Dans le dernier cas, si les parties qualifient elles-mêmes leurs contrats préparatoires, cette qualification n'est pas toujours vraie et conforme à la loi, de sorte que les juges ne sont pas liés par cette qualification. De même, l'ignorance des parties, particulièrement les parties non professionnelles, peut conduire à choisir une qualification inexacte à leur contrat, par exemple, le contrat définitif sera le contrat préparatoire ou vice versa. Cette qualification inexacte d'un contrat préparatoire par les parties conduira à l'application d'un

⁸⁶² Ahmed LASSOUED, *Les contrats préparatoires*, op.cit., p.50.

⁸⁶³ *Ibid.*, p.56.

⁸⁶⁴ Hugues KENFACK, *La qualification d'une promesse de vente ne dépend pas de la présence d'une clause de substitution*, RLDC, 2006, n° 32, p.5.

régime juridique différent et non approprié au contrat souhaité par les parties. Ainsi, en raison de l'incapacité des parties dans de nombreux cas à faire une telle tâche, et en l'absence de qualification législative pour les contrats préparatoires, la doctrine a pris l'initiative de qualifier les contrats préparatoires.

301. La qualification en général est une « *opération intellectuelle consistant à rattacher une situation de fait ou de droit à une catégorie juridique déjà existante* »⁸⁶⁵. Dans le même sens, selon Cornu la qualification « *est opération intellectuelle d'analyse juridique, outil essentiel de la pensée juridique consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante* »⁸⁶⁶. L'opération de qualification est essentiellement une recherche de la nature du contrat, cette dernière signifie que « *ce qui définit en droit une chose ; ce qui est de son essence, de sa substance au regard du droit* »⁸⁶⁷ et l'ensemble des critères distinctifs qui constituent cette chose en une notion juridique. La qualification est une mission difficile face à tout contrat⁸⁶⁸, surtout le contrat préparatoire où le droit définit un ensemble limité des systèmes juridiques tandis que la pratique soulève un nombre infini de contrats préparatoires.

302. L'opération de qualification du contrat préparatoire est très importante et utile en termes de théorie et de pratique car elle permet de déterminer le système juridique qui s'applique au contrat préparatoire et d'identifier ainsi ses dispositions et ses effets, etc. Le processus de qualification des contrats préparatoires en dépit de son importance, représente un sujet de discussion qui permet d'ouvrir une réflexion, en raison de plusieurs motifs, tels que le concept de contrat préparatoire, lui-même n'étant pas très clair et complexe, il mélange parfois plusieurs contrats spéciaux et contrats nés de la pratique. En outre, les différentes notions du contrat préparatoire contiennent des contrats différents, en d'autres termes, ce qui est considéré comme un contrat préparatoire dans une catégorie juridique n'est pas considéré comme un contrat

⁸⁶⁵ Serge GUINCHARD, Thierry DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op.cit., p.919.

⁸⁶⁶ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, op.cit., p.837.

⁸⁶⁷ *Ibid.*, p.679.

⁸⁶⁸ Parce que la qualification doit traduire la volonté réelle des parties.

préparatoire dans une autre catégorie. Par conséquent, la doctrine éprouve bien des difficultés à les faire entrer dans des catégories juridiques homogènes.

303. Malgré la difficulté du processus de qualification, de nombreux auteurs ont tenté de classer le contrat préparatoire. On peut classer ces tentatives en deux tendances : la première considère que le contrat préparatoire est un contrat partiel. La deuxième considère que le contrat préparatoire est un contrat conditionnel. Chaque tendance a des arguments et des raisons qui soutiennent son point de vue. Il est donc important d'analyser ces tendances et de choisir la qualification appropriée. Il convient de noter avant de commencer le traitement de cette question que la doctrine égyptienne, bien qu'elle ait traité un certain nombre de contrats préparatoires, elle n'était pas intéressée de qualifier le contrat préparatoire sans raisons évidentes. Il est donc utile de présenter à la doctrine égyptienne la position de la doctrine française sur cette question importante. Ainsi, pour mieux cerner la problématique de la qualification des contrats préparatoires, on procédera en premier lieu à l'examen de la question suivante : le contrat préparatoire est-il un contrat partiel ou un contrat conditionnel ? (Sous-section 1). En deuxième lieu, on abordera la qualification retenue (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Le contrat préparatoire est-il un contrat partiel ou un contrat conditionnel ?

304. Comme on l'a déclaré, la doctrine est toujours divisée sur la question de la qualification du contrat préparatoire en deux tendances. Chaque tendance adopte une perspective différente. De ce fait, le contrat préparatoire peut être considéré comme un contrat partiel. Il peut être qualifié également de contrat conditionnel. Il est donc utile d'étudier et d'analyser chaque tendance et de répondre à sa question fondamentale : La première question, le contrat préparatoire est-il un contrat partiel (§1). La deuxième : le contrat préparatoire est-il un contrat conditionnel ? (§2).

§1 : Le contrat préparatoire est-il un contrat partiel ?

305. Tout d'abord, le contrat partiel est l'accord par lequel deux contractants tendent à immobiliser leurs négociations à un stade avancé de celui-ci sur les questions sur lesquelles ils sont parvenus à un accord⁸⁶⁹. Grâce à cet accord, les parties ne reviendront pas sur les questions qui ont été convenues. Le contrat préparatoire également pourrait inclure un certain nombre de questions sur lesquelles les parties ont négocié et un accord a été conclu sur ces questions, les parties ne souhaitant pas réexaminer ces questions, l'objectif de ce type de contrat préparatoire est donc de maintenir les progrès réalisés pendant les négociations. La question qui se pose est, le contrat préparatoire peut-il être qualifié de contrat partiel ? La doctrine reste assez divisée sur cette question.

306. Lorsque la doctrine a traité cette question, elle a affirmé que la notion de contrat préparatoire est « *une situation incomplète, en voie d'achèvement comme l'est le contrat principal partiel sous la promesse de contrat* »⁸⁷⁰. Selon certains auteurs « *la négociation contractuelle peut aussi être l'occasion d'accords partiels de volonté qui préparent la conclusion du contrat recherché ; ce pourquoi on les dénomme souvent contrats préparatoires* »⁸⁷¹. Dans ce contexte, de l'avis des nombreux auteurs, les contrats préparatoires peuvent être considérés comme des contrats partiels, des accords partiels ou des accords partiels de volonté, parce que les contractants remettent à plus tard le règlement des points complémentaires⁸⁷². Les partisans de cette tendance soutiennent leur point de vue en affirmant que, le contrat préparatoire et le contrat

⁸⁶⁹ Alfred RIEG, *La punctuation : contribution à l'étude de la formation successive du contrat*, études offertes à Alfred JAUFFERT, éditions de la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p.593.

⁸⁷⁰ Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, op.cit., p.250.

⁸⁷¹ Jean-Luc AUBERT, Jacques FLOUR, Éric SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, op.cit., p.117.

⁸⁷² Jean-Luc AUBERT, François COLLART-DUTILLEUL, *Le contrat, Droit des obligations*, op.cit., p.42 ; Voir notamment, Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat*, LGDJ, 1980.

partiel ont un objectif commun : l'opération de préparation, afin de conclure le contrat final. De plus, les deux sont différents du contrat définitif ⁸⁷³.

307. Cette tendance a confirmé son point de vue en donnant quelques exemples de contrats préparatoires de nature partielle. Le premier de ces exemples est l'accord de principe. Il s'agit du contrat qui engendre l'engagement contractuel d'entreprendre ou de poursuivre la négociation afin d'aboutir à la conclusion d'un contrat futur. Dans ce dernier, les parties ne précisent ni les clauses essentielles ni les clauses accessoires⁸⁷⁴. L'accord de principe, en ce sens, peut être considéré comme un contrat partiel. Le deuxième de ces exemples est la promesse synallagmatique de contrat, ce qui est fortement utilisé pendant les négociations. C'est le contrat par lequel les parties déclarent leur consentement définitif et explicite à un contrat définitif dont les éléments sont déjà déterminés précisément. Une fois ce contrat conclu il n'est plus question d'option et chacun des contractants est lié. Ceci explique la difficulté de distinguer ce contrat du contrat définitif. Ce genre de contrat n'est préparatoire qu'à la seule condition que les contractants soient dans l'attente de la survenue d'un événement, au motif que cet événement représente un élément essentiel à la validité du contrat final. Cette promesse synallagmatique de contrat peut donc être qualifiée comme un contrat partiel, parce qu'elle est presque le contrat définitif mais un détail significatif pour les contractants fait défaut ⁸⁷⁵. Un autre exemple, la lettre d'intention peut être qualifiée comme un contrat définitif partiel, parce que cette lettre d'intention contient des précisions sur les éléments du contrat définitif, de nombreux détails importants pour les parties et que ceux-ci ne doivent donc pas être réexaminés, cela permet aux juges d'accorder à cette lettre la force obligatoire. Au demeurant, le contrat préparatoire est considéré comme préparatoire en raison de son caractère de contrat définitif partiel, et aussi en raison de son but de conclure le contrat définitif ⁸⁷⁶.

⁸⁷³ Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, op.cit., p.240.

⁸⁷⁴ Ibrahim NAJJAR, *L'accord de principe*, Dalloz, Recueil, 1991, n° 1, p.57.

⁸⁷⁵ Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, op.cit., p.240.

⁸⁷⁶ *Ibid.*, p.251.

308. La deuxième tendance a confirmé que le contrat préparatoire ne peut être considéré comme un contrat partiel⁸⁷⁷. Les partisans de cette doctrine prétendent qu'il existe de nombreux contrats considérés comme des contrats préparatoires mais ne peuvent pas être des contrats partiels. L'un des plus importants de ces contrats est le contrat de négociation. Selon cette tendance, le contrat de négociation représente un contrat préparatoire mais ne pourra être qualifié de contrat partiel pour son contenu. En effet, il régleme le processus de négociation, les modalités et les conditions de négociations, il ne contient aucun élément propre du contrat définitif. À cet égard, l'un des auteurs a noté qu'en considérant que le contrat préparatoire est qualifié de contrat partiel, ainsi il faut rejeter le contrat de négociation de la notion de contrat préparatoire⁸⁷⁸. Donc, le contrat préparatoire ne peut être qualifié de contrat partiel. Selon cette tendance, le pacte de préférence ne peut être qualifié de contrat partiel, vu que le Code civil français a défini le pacte de préférence aux termes de l'article 1123 comme « *le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter* ». De ce fait, ce pacte est un contrat préparatoire d'un contrat projeté⁸⁷⁹, mais il ne peut pas être qualifié de contrat partiel dans tous les cas, cela dépend de son contenu. Par exemple, le pacte de préférence mentionné dans le texte précédent prévoit la priorité au bénéficiaire du pacte par la proposition prioritaire de ce qui est engagé à son promettant. La nature et l'objet de ce contrat sont prévus dans le pacte, les éléments restants peuvent être convenus successivement si les parties souhaitent le faire. Dans ce cas, le pacte de préférence ne peut pas être considéré comme un contrat partiel. Dans le cas contraire -c'est vraiment un cas rare- si le pacte de préférence comprend le contenu définitif (ou le prix) du contrat sur lequel porte le pacte, alors ce pacte peut être qualifié de contrat partiel⁸⁸⁰. En conclusion, tous les contrats préparatoires ne sont pas des contrats partiels. On ne peut pas dire en

⁸⁷⁷ Mirène GENINET, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, op.cit., p.180.

⁸⁷⁸ *Ibid.*, p.242.

⁸⁷⁹ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Pierre-Yves GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, op.cit., p.107.

⁸⁸⁰ Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, op.cit., p.242.

règle générale que le contrat préparatoire est un contrat partiel, il convient donc de rechercher une autre qualification.

§2 : *Le contrat préparatoire est-il un contrat conditionnel ?*

309. Le contrat préparatoire est comme tout contrat contenant un ensemble de dispositions, dont certaines peuvent être des conditions. La condition peut être définie comme le lien de dépendance déterminée par la loi ou par les parties, entre l'efficacité d'un accord et d'un événement « *qui porte l'espoir de la satisfaction ou de la permanence d'un motif relatif à l'environnement contractuel en l'absence duquel le contrat, ou un de ses effets, n'aurait pas ou plus d'intérêt pour les parties* »⁸⁸¹. La question qui découle donc est : le contrat préparatoire peut-il être considéré comme un contrat conditionnel ? Afin de répondre à cette question, il faut d'abord déterminer ce qui est le contrat conditionnel. Les Codes civils français et égyptien ne connaissaient pas la notion de contrat conditionnel. En revanche, les deux Codes définissaient l'obligation conditionnelle à l'article 1304 du Code civil français qui dispose que « *l'obligation est conditionnelle lorsqu'elle dépend d'un événement futur et incertain* ». Et l'article 265 du Code civil égyptien qui prévoit que « *l'obligation est conditionnelle si son existence ou son extinction dépend d'un événement futur ou incertain* ». Cependant, certains auteurs ont tenté de définir le contrat conditionnel en affirmant que c'est un accord de volontés qui a engendré une ou plusieurs obligations dont la perfection est subordonnée à la réalisation d'une ou plusieurs conditions acceptées ou choisies par les parties⁸⁸². À en croire un autre auteur, le contrat conditionnel est « *un contrat dont l'exécution est conditionnée à la survenue d'un événement* »⁸⁸³. Ce contrat est conclu à la condition que survienne un événement précis pour devenir exigible. Dans le même sens, la notion du contrat conditionnel signifie qu'« *un contrat dont la formation, entendue comme processus de construction mais aussi comme résultat de cette construction, serait fragilisée par un mécanisme étranger, un mécanisme qui n'est pas normalement nécessaire à la formation du*

⁸⁸¹ Mathias LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, Thèse, Paris II, LGDJ, 2009, p.309.

⁸⁸² Mirène GENINET, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, op.cit., p.46.

⁸⁸³ Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, op.cit., p.243.

*contrat, mais qui a été ajouté, comme élément déterminant de la formation et de la stabilité de la convention »*⁸⁸⁴. Donc ce contrat dépend du mécanisme d'anticipation, ce qui signifie que « *la condition marque le caractère inachevé et, partant, préparatoire du contrat dans lequel elle s'insère* »⁸⁸⁵.

310. D'après certains auteurs, le contrat conditionnel bénéficie de la force obligatoire depuis le moment de sa conclusion et il est considéré comme le contrat le plus complet des contrats préparatoires et le plus proche du contrat final sans les confondre. Selon eux, « *le contrat préparatoire doit préparer le contrat définitif, en soumettant le contrat à une condition, celui-ci ne produit pas d'effet jusqu'à la réalisation de la condition. Le contrat préparatoire est le contrat conditionnel non réalisé et le contrat définitif est le contrat conditionnel réalisé* »⁸⁸⁶. Autrement dit, la réalisation de la condition transforme le contrat préparatoire conditionnel en contrat définitif, cette condition réalisée devenant rétroactive au jour de la conclusion du contrat conditionnel. La condition est donc analysée comme un élément accessoire du contrat⁸⁸⁷ et ne constitue pas un des éléments de validité du contrat au sens de l'article 1128 du Code civil français et les articles 89 à 137 du Code civil égyptien⁸⁸⁸. Ainsi, afin que le contrat préparatoire conditionnel soit valide, la condition ne peut pas porter sur le consentement des parties, leur capacité de contracter, ou pour finir un contenu licite et certain. Cela signifie que si le contrat préparatoire comprend des conditions qui nécessitent le consentement des parties pour conclure le contrat final, ce contrat ne peut pas être qualifié de contrat conditionnel, il ne sera qu'un contrat de négociation, un contrat en construction⁸⁸⁹. La question qui se pose maintenant est : quel est le sort du contrat conditionnel non réalisé ? Si la

⁸⁸⁴ Mathieu- IZORCHE Marie-LAURE, *Contrats conditionnels et définitifs*, op.cit., p.522.

⁸⁸⁵ François COLLART-DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, op.cit., p.86.

⁸⁸⁶ Jean-Luc AUBERT, Jacques FLOUR, Éric SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, op.cit., p.120.

⁸⁸⁷ Mathias LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, op.cit., p.20.

⁸⁸⁸ Les éléments du contrat dans le Code civil sont au nombre de trois : le consentement, l'objet et la cause à l'article 89-137.

⁸⁸⁹ Mathias LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, op.cit., p.20.

condition est non réalisée, cela conduit à la caducité du contrat, mais cette caducité n'a pas d'effet rétroactif. Sans cette réalisation, le contrat préparatoire conditionnel prend fin, comme un échec de la négociation, au moment de la déchéance de la condition ⁸⁹⁰. Il est d'ailleurs important de souligner que la condition dans le contrat préparatoire est étrangère lors de la construction d'un contrat dans le sens où elle n'est généralement pas nécessaire dans la formation du contrat, mais elle a été rajoutée « *comme une modalité du contrat, peut s'opposer à ce que celui-ci soit définitif, ce qui est aussi, en soi, une manière d'être* » ⁸⁹¹.

311. Traditionnellement, la doctrine divise la condition en deux types, le premier type est la condition suspensive⁸⁹², ce qui a été défini par le Code civil français dans son article 1304 alinéa 2 « *la condition est suspensive lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple* », et par le Code civil égyptien dans son article 268 qui dispose que « *si l'obligation dépend d'une condition suspensive, elle ne devient exécutoire qu'à la réalisation de la condition. Avant la réalisation de la condition, l'obligation n'est pas susceptible d'exécution forcée, ni d'exécution volontaire. Le créancier peut toutefois prendre des mesures conservatoires pour sauvegarder son droit* ». On peut conclure que cette condition suspensive ne retarde pas la formation du contrat, le contrat a été formé, donc cette condition représente un événement extérieur aux conditions de formation du contrat, ainsi cette condition suspend l'exécution du contrat jusqu'à l'accomplissement de la condition ⁸⁹³. Autrement dit, le contrat définitif conditionnel est formé dès sa conclusion mais la naissance des obligations stipulées dans ce contrat est repoussée dans un futur incertain ⁸⁹⁴. Dès lors, le contrat préparatoire qui comprend une telle condition est bien un contrat définitif

⁸⁹⁰ François COLLART-DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, op.cit.*, p.149 ; Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire, op.cit.*, p.246.

⁸⁹¹ Mathieu- IZORCHE Marie-LAURE, *Contrats conditionnels et définitifs, op.cit.*, p.521.

⁸⁹² Hugues KENFACK, *Bonne foi et invocation de la défaillance de la condition suspensive*, Recueil Dalloz, 2005, p.1532.

⁸⁹³ Jean-Jacques TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques : contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, Thèse, Lille, 1977, p.477.

⁸⁹⁴ François COLLART-DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, op.cit.*, p.3.

conditionnel parce que, selon les parties ce contrat définitif conditionnel sera la dernière étape de la préparation du contrat définitif. Par exemple, la promesse synallagmatique de contrat tend à préparer le contrat définitif en assortissant la promesse de conditions que les parties estiment essentielles pour la formation de leur contrat définitif. Le deuxième type est la condition résolutoire, qui a été également défini par le Code civil français dans son article 1304 alinéa 3 qui prévoit qu' « *elle est résolutoire lorsque son accomplissement entraîne l'anéantissement de l'obligation* », et par le Code civil égyptien dans son article 269 qui dispose que : « *1) L'obligation s'éteint si la condition résolutoire vient à se réaliser. Le créancier est tenu de restituer ce qu'il a reçu, et, si la restitution devient impossible pour une cause dont il répond, il sera tenu aux dommages intérêts. 2) Toutefois, les actes d'administration accomplis par le créancier conservent leurs effets, nonobstant la réalisation de la condition* ». Cette condition résolutoire n'empêche pas la formation du contrat définitif, « *il peut cependant prendre fin en cas de réalisation de la condition et les parties devront se retrouver dans leur état précédent la formation du contrat. L'exécution a bien eu lieu car les obligations pesant sur le contrat ont pu subir un commencement d'exécution avant que la condition survienne* »⁸⁹⁵. Le contrat préparatoire qui comprend une telle condition ne peut être considéré comme un contrat définitif conditionnel au sens classique du terme⁸⁹⁶, parce qu'il ne prépare plus rien, et ce contrat est déjà exécuté⁸⁹⁷. Enfin le contrat définitif conditionnel reste toujours un contrat préparatoire, car le contrat définitif non conditionnel ou conditionnel accompli n'est en rien certain.

312. Contrairement à la tendance précédente, selon d'autres auteurs, le contrat préparatoire peut être qualifié de contrat définitif éventuel⁸⁹⁸ et il ne peut être qualifié de contrat définitif conditionnel. D'une part selon les partisans de cette doctrine, l'éventualité est un acte de consentement essentiel à la privation du

⁸⁹⁵ Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, op.cit., p.252.

⁸⁹⁶ François COLLART-DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, op.cit., p.147.

⁸⁹⁷ Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, op.cit., p.256.

⁸⁹⁸ Mirène GENINET, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, op.cit., p.180 ; En ce sens, Joanna SCHMIDT, *La sanction de la faute précontractuelle*, RTD civ, 1974, p.46.

contrat proposé, qui dépend exclusivement de la volonté du débiteur ou bénéficiaire du contrat préparatoire ou de la volonté d'une autre partie qui n'a pas participé au contrat préparatoire, mais il est une partie au contrat proposé et son consentement est substantiel pour la validité du contrat proposé⁸⁹⁹. Cette opinion est basée principalement sur l'avis de Demogue qui a remarqué qu' « *un droit, si on l'examine par rapport au temps où il va produire ses effets..., peut être non simplement pur et simple, à terme ou conditionnel, il peut encore être un droit éventuel* »⁹⁰⁰. D'autre part, bien que le droit éventuel soit semblable à la condition dans le fait qu'il soit futur et incertain, il diffère de la condition en ce qu'il est toujours lié à un élément essentiel du contrat définitif, contrairement à la condition souvent associée à un élément accessoire. Cela signifie qu'avec la condition, les parties sont déjà dans le contrat définitif, au contraire avec l'éventualité que les parties sont toujours dans le cadre de la formation du contrat⁹⁰¹. Enfin, on peut affirmer que, le contrat préparatoire est bien un contrat conditionnel⁹⁰² mais le contrat préparatoire ne se limite pas aux contrats conditionnels. Il n'y a pas une seule qualification qui peut contenir tous les différents contrats préparatoires, donc on a une perspective différente sur la question de la qualification du contrat préparatoire, c'est la qualification retenue.

Sous-section 2 : La qualification retenue

313. Au sortir de ces différentes analyses, il apparaît qu'il n'y a toujours pas de qualification capable de qualifier le contrat préparatoire ou de contenir ses différentes formes, parce que chaque qualification peut contenir un contrat préparatoire ou plus, mais aucune qualification n'est en mesure d'accueillir tous les contrats préparatoires. Le contrat préparatoire peut donc être qualifié de

⁸⁹⁹ Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, op.cit., p.257.

⁹⁰⁰ René DEMOGUE, *Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance*, éd. H. LAROSE, L. TENIN, Paris, 1906, cité par Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, op.cit., p.257.

⁹⁰¹ Mathieu- IZORCHE Marie-LAURE, *Contrats conditionnels et définitifs*, op.cit., p.522.

⁹⁰² François COLLART-DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, op.cit., p.3.

contrat *sui generis* ⁹⁰³ ou contrat d'une nature spéciale ⁹⁰⁴ qui n'entre dans aucune qualification des contrats nommés dans le droit des contrats français et égyptien. Bien que le contrat préparatoire soit d'une nature spéciale, c'est un contrat autonome et consensuel. Un contrat autonome, parce que le contrat préparatoire, quel que soit sa forme, son objectif final est de conclure le contrat définitif. Dès lors, on peut affirmer qu'il s'agit d'un contrat autonome puisqu'il est relativement indépendant du contrat définitif. En d'autres termes, le contrat préparatoire sert à la préparation du contrat définitif, mais sans la nécessité de l'existence de ce dernier. En principe, le contrat préparatoire en droit français et en droit égyptien est un contrat consensuel. Il se forme par la simple rencontre des volontés, cette règle s'applique à tous les contrats préparatoires, car il correspond à la volonté des contractants de s'engager au sein du contrat préparatoire.

314. En conclusion, il doit être mentionné que la notion de contrats préparatoires est une nouvelle notion juridique que comprend chaque contrat dont l'objet est de préparer le contrat définitif et son objectif est de conclure le contrat définitif. Cette définition semble avoir une acceptation générale parmi les auteurs car, c'est une définition disciplinée dont le sujet et le but sont clairement définis. Ce contrat préparatoire peut commencer après des négociations réussies, il peut également débiter en dehors du cadre des négociations. Dans tous les cas, il peut se terminer de trois façons : par conclusion du contrat définitif, par rupture ou par arrivée du terme.

315. Le contrat préparatoire est synonyme de nombreuses notions juridiques similaires. Cette convergence entre les notions provoque la confusion auprès des auteurs. Il était donc nécessaire de le différencier des autres notions. D'une part, le contrat préparatoire ne peut être défini comme un contrat

⁹⁰³ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Pierre-Yves GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, *op.cit.*, p.30.

⁹⁰⁴ Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, *op.cit.*, p.260 ; Voir aussi, Jean François OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, Paris, LGDJ, 1969 ; Dominique GRILLET-PONTON, *Essai sur le contrat innomé*, Thèse, Lyon, 1982 ; Xavier HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, Thèse, Nancy II, 1992 ; Nathalie BLANC, *Contrats nommés et innomés : Étude à partir du droit d'auteur*, Thèse, Paris, 2008.

préliminaire, parce que ce dernier est ambigu et soulève la confusion entre lui et la période précontractuelle. Donc, le contrat préliminaire est un type de contrats préparatoires et n'est pas synonyme de celui-ci, vu qu'ils ont le même objectif, mais leur objet est différent. D'autre part, on remarque que la notion de contrat préparatoire doit être préférée à celle d'avant-contrat parce que, l'avant-contrat est une notion trompeuse et ambiguë. Ainsi, la lettre d'intention précontractuelle est l'une des formes du contrat préparatoire et n'est pas synonyme de ce dernier. On constate que le contrat préparatoire et le contrat définitif ne peuvent être confondus car leur objet est complètement différent. Le contrat préparatoire peut être considéré comme l'une des étapes ou l'une des phases préparatoires d'un voyage pour conclure le contrat définitif, avec la nécessité de souligner le fait que le contrat préparatoire est complètement indépendant du contrat définitif. On peut affirmer qu'il vaut mieux utiliser l'expression de contrat préparatoire, parce qu'elle reflète exactement la véritable nature de ces contrats, cela signifie que cette expression représente une notion très claire, bien définie, plus précise.

316. La qualification de contrat préparatoire n'a jamais été une tâche aisée. Il semble que la question de la qualification du contrat préparatoire soit très complexe et nécessite une étude plus approfondie. Cependant, on peut en conclure que la notion du contrat préparatoire en général contient divers contrats, ces derniers ne peuvent pas tous porter une seule qualification. Le contrat préparatoire ne peut donc être qualifié de contrat partiel, de contrat conditionnel, de contrat définitif partiel, de contrat définitif conditionnel, ou de contrat définitif éventuel, parce que ces qualifications conviennent à un contrat préparatoire et pas à la qualification de tous les contrats préparatoires. Il semble donc que la meilleure qualification pour le contrat préparatoire est de le considérer comme un contrat d'une nature spéciale. La qualification d'une notion détermine son régime juridique ⁹⁰⁵, on peut constater l'absence d'unité de régime juridique pour les différents contrats préparatoires soit en droit français soit en droit égyptien. Le contrat préparatoire n'a donc pas de régime propre, il est divisé en plusieurs

⁹⁰⁵ Jean-Louis, BERGEL, *Différence de nature égale différence de régime*, RTD, civ.1984, p.255, n°10 ; Ridha BOUKHARI, *La qualification en droit international privé*, Les Cahiers de droit, Vol. 51, n° 1, 2010, p.159 et s.

régimes spécifiques aux contrats qui le composent. L'absence d'un système juridique commun pour la notion de contrat préparatoire conduit à la question de savoir comment former le contrat préparatoire et les conditions de sa validité en droit français et égyptien ? Sont-ils similaires ou différents ? Sont-ils soumis à des règles générales ou ont-ils des règles spéciales ?

Chapitre 2 : La formation du contrat préparatoire

317. Traditionnellement, le contrat en droit français et égyptien est désigné comme un accord de volonté entre deux parties ou plus, générant des effets juridiques. Le contrat doit également avoir les conditions de validité pour produire ces effets. L'ancien article 1108 du Code civil français conditionnait la validité du contrat à quatre conditions : *« quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation »*. En revanche, le nouvel article 1228 du Code civil français a énoncé plus que trois conditions en affirmant que *« sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain »*. Ce changement est radical par rapport à l'ancien article qui exigeait quatre conditions : la capacité, le consentement, l'objet et la cause. Les deux dernières se sont donc fondues dans une notion plus générale de contenu du contrat. Ainsi, le Code civil égyptien conditionnait la validité du contrat à trois conditions, dans un certain nombre d'articles, pas dans un seul article comme son homologue français. Le consentement à l'article 89 *« le contrat se forme dès que les deux parties ont échangé deux volontés concordantes, sans préjudice des formalités que la loi exige en outre pour la conclusion du contrat »*. L'objet à l'article 131 *« 1) Les choses futures peuvent être objet d'une obligation. 2) Cependant, toute convention sur la succession d'une personne vivante est nulle, même si elle est faite de son consentement, sauf dans les cas prévus par la loi »*. La cause à l'article 136 et 137 *« le contrat est nul lorsqu'on s'oblige sans cause ou pour une cause contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs »*. *« 1) Toute obligation est présumée avoir une cause licite, encore qu'elle ne soit exprimée dans l'acte, tant que le contraire n'est pas prouvé »*. Bien que le contrat en droit français et égyptien soit un contrat consensuel, parfois il doit respecter certaines conditions de forme selon certains textes qui requièrent une formalité spécifique pour que ce dernier soit valide comme en droit français à l'article 1172 qui énonce que *« par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formes »*.

déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation. En outre, la loi subordonne la formation de certains contrats à la remise d'une chose ». Également, dans le Code civil égyptien à l'article 101 alinéa 2 prévoit que « lorsque la loi subordonne la conclusion du contrat à l'observation d'une certaine forme, celle-ci s'applique également à la convention renfermant la promesse de contracter ».

318. Le contrat préparatoire, comme tout contrat, nécessite des conditions de validité pour qu'il soit valable, il est donc nécessaire d'analyser ces conditions plus en profondeur. Cela nécessite qu'en premier lieu, d'étudier les conditions de validité du contrat normal. Ces conditions soulèvent de nombreuses questions notamment après avoir été soumises à des modifications importantes dans Code civil français, par exemple ces conditions sont-elles similaires en droit français et en droit égyptien ? Sont-elles applicables pleinement au contrat préparatoire ? Le contrat préparatoire a-t-il une spécificité par rapport à ces conditions ? Afin de répondre à ces questions et d'autres, et en vue de bien présenter les conditions de validité du contrat préparatoire, on peut par souci pédagogique distinguer les conditions de fond du contrat préparatoire (Section 1). Puis, les conditions de forme du contrat préparatoire (Section 2).

Section 1 : Les conditions de fond du contrat préparatoire

319. Le contrat obéit à trois conditions de fond qui sont définies par l'article 1128 du Code civil français (le consentement, la capacité, un contenu licite et certain), et selon les articles 89 à 137 du Code civil égyptien (le consentement, l'objet, la cause). Il convient de noter que malgré les différents noms de conditions de fond dans le droit français et le droit égyptien, ils ont le même sens et les mêmes dispositions, comme c'était le cas en droit français avant la réforme. Si les trois conditions sont remplies il en résulte que le contrat est valable. Si l'une des conditions fait défaut le contrat sera nul. Pour bien analyser les conditions de fond, il faut traiter d'abord les conditions subjectives, qui concernent le consentement et la capacité du contrat préparatoire, le consentement et la capacité comme conditions subjectives pour valider le contrat préparatoire. (Sous-section 1). Ensuite, il faut aborder la condition objective, qui concerne le

contenu du contrat préparatoire, le contenu comme une condition objective de validation du contrat préparatoire (Sous-section 2).

Sous-section 1: Le consentement et la capacité comme conditions subjectives pour valider le contrat préparatoire

320. Le consentement et la capacité du contrat sont des conditions subjectives parce qu'elles se rapportent aux parties contractuelles. Par exemple, le consentement porte sur l'intention et la volonté des parties lors de la conclusion du contrat, ce qui nécessitera plusieurs conditions pour que ce consentement soit valide. Par ailleurs, la capacité est liée à la capacité des parties à contracter et à l'exigence qu'il n'y ait pas de défaut dans leurs personnes ou leurs capacités qui empêchent la conclusion du contrat ou entraîne la nullité du contrat défectueux. Il est donc nécessaire d'analyser ces conditions successivement, dans un premier temps le consentement (§1), puis dans un second temps, la capacité (§2).

§1 : Le consentement

321. La doctrine classique du contrat postule que, le consentement est la condition centrale de la formation du contrat. Ce qui a conduit deux auteurs tels que Domat ⁹⁰⁶ et Pothier ⁹⁰⁷ de croire que le consentement est l'essence de la convention ou est la convention elle-même. En ce sens, Laurent a confirmé qu'« *il n'y a point de convention sans consentement, par l'excellente raison que le contrat n'est autre chose qu'un concours de consentements* »⁹⁰⁸. Au niveau législatif, le législateur dans les Codes civils français et égyptien élaborait trois conditions pour valider le contrat. On retrouve le consentement, comme première condition essentielle de contrat à l'article 1128 du Code civil français qui prévoit que « *sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties, ...* » et à l'article 89 du Code civil égyptien qui dispose que « *le contrat se forme dès que les deux parties ont échangé deux volontés concordantes, sans*

⁹⁰⁶ Jean DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public, et legum delectus*, partie 1, livre 1, tome 1, Le Clerc (Paris) 1777, p.42 et s.

⁹⁰⁷ Robert-Joseph POTHIER, *Traité des obligations*, Dalloz, 2011, n° 17 et s.

⁹⁰⁸ François LAURENT, *Principes de droit civil*, A. Durand et Pedone-Lauriel, Paris, tome 16, 1869, p.150, n° 111.

préjudice des formalités que la loi exige en outre pour la conclusion du contrat ». Cette première condition est le fondement du contrat qui peut être défini en général dans les termes suivants « *dans la création d'un acte juridique, acceptation par une partie de la proposition faite par l'autre. L'échange des consentements entraîne l'accord de volonté qui lie les parties* »⁹⁰⁹. Dans le sens le plus étroit le consentement est « *l'accord de deux volontés, en vue de faire naître une obligation ou un rapport juridique* »⁹¹⁰. Ainsi, il est « *le concours des volontés des parties sur le contrat projeté* »⁹¹¹. Dans un sens similaire selon l'un des auteurs égyptiens, le consentement est l'échange de deux volontés afin de créer un effet juridique, ou de créer une obligation⁹¹². Dès lors, dans le droit du contrat français et égyptien la formation du contrat représente le produit de deux volontés convergentes.

322. Le consentement détermine alors l'essence de la relation contractuelle contraignante entre les parties. Il est donc nécessaire de mesurer ce consentement par son existence et ses qualités. D'une part, en ce qui concerne l'existence du consentement, pour former le contrat de manière correcte, il est nécessaire que la volonté des parties existe. L'accord de volontés se réalise selon le schéma traditionnel : une offre précise, complète et non équivoque et une acceptation pure et simple. Une offre est émise, si elle est acceptée, le contrat est formé⁹¹³, sous réserve du respect des règles relatives à l'article 1128 du Code civil français et l'article 89 du Code civil égyptien. D'autre part, en ce qui concerne les qualités du consentement, celui des contractants doit non seulement être donné, mais il doit aussi présenter certaines qualités, libre et éclairé, en

⁹⁰⁹ Serge GUINCHARD, Thierry DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op.cit., p.286.

⁹¹⁰ Philippe DELEBECQUE, Frédéric-Jérôme PANSIER, *Droit des obligations, contrat et quasi-contrat*, op.cit., p.46.

⁹¹¹ Marcel PLANIOL, Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, Les biens*, tome 3, 2^e éd, par M. Picard. In : *Revue Internationale de droit comparé*, Vol. 7, n°1, janvier-mars, 1955, p.99.

⁹¹² Abd El Razaq Al SANHOURI, *Al Waseet, La théorie générale de l'obligation, Le contrat*, op.cit., p.143.

⁹¹³ Philippe DELEBECQUE, Frédéric-Jérôme PANSIER, *Droit des obligations, contrat et quasi-contrat*, op.cit., p.46.

d'autres termes dépourvus de vices ⁹¹⁴. Donc, le consentement n'est pas libre en cas de violence, et il n'est pas éclairé dans le cas de l'erreur ou du dol puisque, le consentement est une déclaration explicite d'entrée dans un cadre contractuel contraignant, par conséquent, il faut s'assurer que le consentement a été donné entièrement libre avec la connaissance de tous les éléments importants du contrat. Ce consentement sera donc vicié quand il y a une contradiction entre la volonté exprimée et la volonté réelle par l'erreur, le dol, et la violence, qui sont mentionnés par le législateur français à l'article 1130 du Code civil français ⁹¹⁵ et par le législateur égyptien aux articles 120 ⁹¹⁶, 125 alinéa 1 ⁹¹⁷, 127 alinéa 1 ⁹¹⁸ du Code civil égyptien. Le point commun des vices du consentement est que, en leur présence, la victime n'aurait pas consenti à conclure le contrat ⁹¹⁹.

323. Étant donné que le contrat préparatoire est en fait un contrat, il doit être soumis à la théorie générale des contrats en droit français et égyptien. Le contrat préparatoire comme tout contrat, pour être valide, doit être consenti par ses parties. Le consentement en matière du contrat préparatoire est de déclarer le désir sérieux des parties d'entrer dans une relation contractuelle afin de préparer le contrat définitif. Dès lors, pendant la négociation relative à une opération future, la naissance du contrat préparatoire est conditionnée par l'accord du consentement

⁹¹⁴ Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral, op.cit.*, p.363.

⁹¹⁵ « L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné ».

⁹¹⁶ « L'annulation du contrat peut être demandée par la partie qui, au moment de la conclure, a commis une erreur essentielle, si l'autre partie est tombée dans la même erreur ou en avait eu connaissance ou a pu facilement s'en rendre compte ».

⁹¹⁷ « Le contrat peut être annulé pour cause de dol, lorsque les manoeuvres pratiquées par l'une des parties, ou par son représentant ont été telles que, dans ces manoeuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté ».

⁹¹⁸ « Le contrat est annulable pour cause de violence, si l'une des parties a contracté sous l'empire d'une crainte fondée que lui aurait inspirée sans droit l'autre partie ».

⁹¹⁹ Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral, op.cit.*, p.363.

de deux ou plusieurs négociateurs et la déclaration de leur volonté de façon libre et éclairée. Il est nécessaire donc à chaque négociateur de bien vérifier l'existence de la volonté de contracter de l'autre négociateur, en d'autres termes l'autre négociateur a réellement l'intention de conclure le contrat préparatoire ou non ⁹²⁰. Cette vérification doit donc porter sur le caractère réel, sérieux et effectif de cette volonté. Enfin, la volonté de chaque négociateur doit être exempt de tous vices, si l'une est viciée par erreur, dol ou violence la théorie générale des nullités va trouver dans ces cas une possibilité d'application. Malgré l'importance du consentement pour le contrat ordinaire ou le contrat préparatoire, ce consentement doit être émis par une partie capable de conclure un contrat. Ce qui conduit à la nécessité d'examiner la condition de la capacité.

§2 : La capacité

324. La capacité de contracter des parties caractérise la deuxième condition de validité nécessaire à la formation d'un contrat aux termes de l'article 1128 « *sont nécessaires à la validité d'un contrat : 2° Leur capacité de contracter* ». Terminologiquement, la capacité juridique se définit comme l'« *aptitude à acquérir et à exercer un droit. Ainsi, toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi* »⁹²¹. Dans le même sens, selon certains auteurs la capacité est « *l'aptitude à deviner sujet de droit et à les exercer* »⁹²². Cette capacité signifie qu'une personne est capable d'acquérir, d'exercer ses droits et d'assumer ses obligations elle-même. La capacité se définit également par son antonyme l'incapacité « *qui traduit l'inaptitude à faire certains actes de la vie juridique* »⁹²³. D'ailleurs, l'article 1145 du Code civil français énonce que « *toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi. La capacité des personnes morales est limitée par les règles applicables à chacune d'entre elles* »⁹²⁴. À la lumière de ce texte, on peut

⁹²⁰ Ahmed LASSOUED, *Les contrats préparatoires*, op.cit., p.151.

⁹²¹ Serge GUINCHARD, Thierry DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op.cit., p.165.

⁹²² Dimitri HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, op.cit., p.224.

⁹²³ Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, op.cit., p.351.

⁹²⁴ Modifié par loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 - art.6.

comprendre que la capacité juridique représente le principe et l'exception est l'incapacité qui doit être prévue par la loi⁹²⁵. L'article ainsi présume l'égalité des personnes physiques devant la loi où chaque personne peut contracter dans les limites de la loi. De plus, la capacité des personnes physiques n'obéit pas aux mêmes règles que pour les personnes morales. Les premières sont par principe capables, aux exceptions légales près⁹²⁶. Cependant, l'article limite la capacité des personnes morales aux actes utiles à la réalisation de l'objet. Une entreprise peut prétendre que certains actes contraires à l'intérêt social ne sont pas utiles à la réalisation de son objet et encourt la nullité. Il est utile de souligner que l'article 1146 du Code civil français énumère les deux catégories de personnes qui sont incapables de contracter « *sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi : 1° Les mineurs non émancipés 2° Les majeurs protégés au sens de l'article 425* »⁹²⁷.

325. À l'égard du droit des contrats égyptien, il est important de mentionner que la capacité n'est pas l'une des conditions de formation du contrat, mais elle constitue un élément de validité du consentement, car le consentement doit être émis par une personne capable de conclure un contrat valable. Cependant, la capacité a les mêmes règles que celle en droit des contrats français, ainsi, elle a une définition très similaire à son homologue français, selon certains auteurs égyptiens la capacité est « *la capacité de la personne à exercer son droit* »⁹²⁸. Le Code civil égyptien a également confirmé le point de vue précédent et il n'a pas considéré la capacité comme l'une des conditions de contrat. Il a souligné son importance comme l'une des conditions de validité du consentement

⁹²⁵ Jérôme JULIEN, *Droit des obligations, op.cit.*, p.86.

⁹²⁶ Véronique NICOLAS, *Droit des obligations, Le contrat, op.cit.*, p.164.

⁹²⁷ « *Toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de protection juridique prévue au présent chapitre. S'il n'en est disposé autrement, la mesure est destinée à la protection tant de la personne que des intérêts patrimoniaux de celle-ci. Elle peut toutefois être limitée expressément à l'une de ces deux missions* ».

⁹²⁸ Abd El Razaq Al SANHOURI, *Al Waseet, La théorie générale de l'obligation, Le contrat, op.cit.*, p.219.

telle qu'elle est consacrée à l'article 109 qui prévoit que « *toute personne est capable de contracter, à moins qu'elle ne soit déclarée totalement ou partiellement incapable en vertu de la loi* ». Dès lors, la capacité est une condition pour la conclusion d'un contrat dans le droit des contrats en France. Alors qu'elle est une condition pour la validité du consentement dans le droit des contrats en Égypte. Pourtant, les deux ont la même définition et les mêmes règles. Cela conduit à la question suivante : est-ce que la capacité dans le domaine des contrats préparatoires est-elle similaire à la capacité en droit commun des contrats français et égyptien ou est-elle différente d'elle ?

326. Il apparaît que la capacité dans le domaine des contrats préparatoires n'offre aucune originalité particulière et elle n'est pas différente de la capacité en droit commun des contrats que ce soit en France ou en Égypte. Donc, la capacité est la deuxième condition de formation de contrat préparatoire, pour que le contrat préparatoire soit correctement formé les négociateurs doivent disposer de la capacité juridique de contracter. Ainsi, tout négociateur peut contracter un contrat préparatoire sauf en cas d'incapacité prévue par la loi. Cependant, la difficulté dans le domaine des contrats préparatoires est leur nature préparatoire en ce sens qu'ils ne sont pas conclus pour eux, mais plutôt pour la préparation des contrats définitifs. En d'autres termes, le contrat préparatoire représente une étape dans le cadre d'un ensemble contractuel. La question est de savoir si le degré de la capacité requis pour conclure le contrat définitif est identique à la capacité requise pour conclure le contrat préparatoire. Autrement dit, y a-t-il un niveau de capacité similaire entre le contrat définitif et le préparatoire ? La réponse à cette question peut être trouvée dans certaines d'hypothèses.

327. La première hypothèse est l'incapacité spéciale. Conformément aux règles générales, tout négociateur est capable de conclure un contrat préparatoire à moins qu'il ne soit frappé d'une incapacité prévue par la loi. Dès lors, d'une part si le négociateur a une incapacité générale de contracter, il ne peut conclure le contrat préparatoire comme tout autre contrat. D'autre part, si le négociateur a une incapacité spéciale de contracter, c'est-à-dire qu'il est incapable de conclure une certaine sorte de contrats, y compris le contrat projeté. Le principe dans ce cas est que si un négociateur est incapable de conclure le contrat définitif, il est également incapable de conclure le contrat préparatoire, selon la règle que

l'accessoire doit suivre le sort du principal⁹²⁹. Certains auteurs partagent le point de vue précédant et prétendent que le contrat préparatoire ne peut, par lui-même, créer une obligation de conclure le contrat principal⁹³⁰.

328. La deuxième hypothèse est que l'auteur du contrat préparatoire agisse pour le compte et au profit d'un tiers. D'abord, il est nécessaire de clarifier la différence entre la capacité et le pouvoir : « *la capacité est l'aptitude à agir valablement pour soi-même, le pouvoir est la puissance d'agir sur le patrimoine d'autrui* »⁹³¹. Ainsi, la notion de pouvoir évoque toujours le mécanisme de la représentation, qui permet à une partie de conclure un acte juridique, non pour lui-même, mais pour le compte d'une autre partie. Dès lors, l'intermédiaire contractant doit respecter ses limites afin que le contrat entre lui et le tiers puisse produire ses effets⁹³². La question qui se pose est : faut-il que l'auteur du contrat préparatoire dispose des pouvoirs nécessaires à la conclusion du contrat définitif pour mener correctement le contrat préparatoire ? Pour répondre à cette question, il convient de distinguer deux cas. Le premier cas est lorsque le négociateur mandaté dispose de tous les pouvoirs nécessaires pour conclure le contrat principal. Par voie conséquente, le négociateur ayant la capacité de conclure le contrat définitif, peut conclure sans aucun doute les contrats préparatoires qui ouvrent la voie pour ce contrat définitif. La seule limite dans ce cas est la finalité des pouvoirs qui ont été conférés au négociateur mandaté, qu'il doit utiliser de manière optimale pour optimiser les bénéfices du tiers représenté. Dans le cas d'une violation de l'obligation de faire bon usage des pouvoirs et l'indifférence à la réalisation des intérêts légitimes de la personne qui négocie en son nom et en sa faveur, ces deux motifs sont constitutifs d'un détournement de pouvoirs⁹³³. Un

⁹²⁹ Ahmed LASSOUED, *Les contrats préparatoires*, op.cit., p.163.

⁹³⁰ Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, op.cit., p.181.

⁹³¹ Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil, Obligations - Contrats - Sûretés réelles*, éd. Nouvelle refondue par Georges RIPERT, avec le concours de Jean BOULANGER, LGDJ, 1956, n° 2538, p.917, cité par Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, op.cit., p.177.

⁹³² Philippe DELEBECQUE, Frédéric-Jérôme PANSIER, *Droit des obligations, contrat et quasi-contrat*, op.cit., p.131.

⁹³³ Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, op.cit., p.178.

autre cas, le négociateur mandaté dispose de tous les pouvoirs nécessaires uniquement pour conclure le contrat préparatoire, alors que la tâche de conclure le contrat définitif est la prérogative de la partie qui négocie pour lui. Dans une telle situation, le négociateur mandaté n'a que la responsabilité de la conclusion du contrat préparatoire et il n'a aucun lien avec le processus de conclusion du contrat définitif. Si, ce négociateur mandaté ne respectait pas ses pouvoirs et dépassait les limites autorisées, en d'autres termes s'il était une partie à la conclusion du contrat définitif, ce contrat serait donc inopposable au tiers représenté. Enfin, ce dépassement est constitutif également d'un détournement de pouvoirs qui équivaut à un défaut de pouvoir ⁹³⁴.

329. Pour conclure, la capacité est une condition de formation du contrat préparatoire, comme dans les contrats définitifs. Ainsi, la capacité de contrat préparatoire n'est pas celle demandée pour la conclusion du contrat projeté dans l'ensemble des contrats de la catégorie des contrats préparatoires. Après avoir terminé l'étude des deux conditions de consentement et de capacité, il reste alors la condition la plus importante car elle a fait l'objet d'importantes modifications dans le Code civil français, le contenu des contrats préparatoires.

Sous-section 2 : Le contenu comme une condition objective de validation du contrat préparatoire

330. Le contenu ou l'objet représente la condition objective pour valider le contrat, parce qu'il se rapporte au sujet fondamental du contrat entre les parties, il caractérise également la réponse à la question suivante : qu'est-ce que les parties ont voulu en contractant ? Ainsi, ce contenu doit être rempli par plusieurs conditions pour être valide, qui semblent nécessaire d'étudier attentivement. Dès lors, avant de développer le contenu du contrat préparatoire, il semble nécessaire, conformément à la logique juridique, d'examiner le contenu du contrat ordinaire considérant que le contrat préparatoire est un contrat finalement soumis aux règles générales des contrats avec une certaine particularité. Par conséquent, il faut d'abord aborder le contenu du contrat en général (§1). Ensuite, nous verrons le contenu du contrat préparatoire (§2).

⁹³⁴ Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, op.cit., p.179.

§1 : *Le contenu du contrat en général*

331. La troisième condition de validité du contrat est le contenu du contrat licite et certain⁹³⁵ exigé au nouvel article 1128 du Code civil français qui dispose que « *sont nécessaires à la validité d'un contrat : 3° Un contenu licite et certain* ». Cet article est assez différent dans sa rédaction de l'ancien article 1108 qui prévoyait qu' « *un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation* ». En analysant l'article 1128 on peut conclure que la nouveauté majeure dans ce texte est la disparition des conditions de l'objet et de la cause, en faveur d'une condition condensée en contenu licite et certain. En dépit de la disparition des termes de l'objet et de la cause dans le Code civil actuel, leurs fonctions sont retenues par de nouvelles expressions. En effet, ses stipulations ont remplacé l'objet et le but a été substitué par la cause à l'article 1162 du Code civil qui dispose que « *le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* ». Il convient de noter que dans le Code civil égyptien l'objet du contrat est toujours la deuxième condition de validité du contrat. Ainsi, l'objet dans le Code civil égyptien a les mêmes caractéristiques que l'objet dans le Code civil français avant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

332. Le contenu (l'objet) du contrat amène à la question suivante : qu'est-ce que les parties ont voulu en contractant ? Cela conduit à vérifier l'objet de leur engagement, par les caractères de ce contenu. Par conséquent, il est

⁹³⁵ Le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations dans sa page 11 a confirmé que « *le contenu du contrat, terme adopté par plusieurs instruments européens d'harmonisation du droit, inclut ce qui relève en droit français de l'objet et de la cause. La présente sous-section reprend donc, en les modernisant et en les adaptant à l'évolution de la vie économique, les dispositions qui relèvent dans le Code civil de l'objet du contrat, et codifie certaines solutions jurisprudentielles qui avaient été plus ou moins artificiellement rattachées à la notion de cause* ».

logique d'étudier les caractères du contenu : le premier caractère un contenu certain (A), et le deuxième caractère un contenu licite (B).

A: Un contenu certain

333. Sous le titre général du contenu du contrat, le Code civil français retient la notion d'objet. Cet objet définit exactement ce à quoi est tenu le débiteur⁹³⁶. L'objet a la même définition en droit français et en droit égyptien. L'objet peut être déterminé d'abord comme la chose ou le service fourni par l'un des contractants et donc reçu par l'autre⁹³⁷. Il peut aussi désigner l'opération juridique convenue entre les contractants et qu'ils entendent réaliser⁹³⁸. Il peut également désigner l'objet de l'obligation⁹³⁹. Enfin, il est manifeste que le nouvel article 1163 du Code civil a été élaboré afin d'éviter de tomber dans les débats doctrinaux liés aux deux notions d'objet de l'obligation et d'objet du contrat. Donc ce dernier a renoncé à trancher cette question, et il a utilisé la prestation au lieu de l'objet de l'obligation.

334. Pour qu'il soit valable tout contrat doit avoir un objet certain, en d'autres termes il n'y a pas de contrat sans objet (contenu). Cet objet certain soulève plusieurs questions telles que, est-il nécessaire que l'objet soit présent ou futur ? Est-il nécessaire que l'objet soit possible ou non ? Enfin, est-il nécessaire que l'objet soit déterminé ou déterminable ? La réponse à ces questions peut être trouvée au nouvel article 1163⁹⁴⁰ du Code civil français⁹⁴¹ et aux articles 131 à 135 du Code civil égyptien.

⁹³⁶ Abd El Razaq Al SANHOURI, *Al Waseet, La théorie générale de l'obligation, Le contrat, op.cit.*, p.306.

⁹³⁷ *Ibid.*, p.306.

⁹³⁸ Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral, op.cit.*, p.422 et s.

⁹³⁹ Jérôme JULIEN, *Droit des obligations, op.cit.*, p.106.

⁹⁴⁰ L'ancien article 1130 du Code civil disposait que « *les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation. On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit, que dans les conditions prévues par la loi* ».

335. En ce qui concerne la première question : est-il nécessaire que l'objet soit présent ou futur ? D'une part, l'article 1163 du Code civil français a adopté l'idée que l'objet peut être présent ou futur en disant que « *l'obligation a pour objet une prestation présente ou future* », c'est-à-dire que le contrat est nul s'il porte sur une chose qui n'existait pas, qu'elle n'ait jamais existé ou qu'elle ait disparu au moment de la conclusion du contrat ⁹⁴². Cependant, l'objet peut en effet ne pas exister sans faire obstacle à ce que le contrat se forme si les contractants pensent qu'il existera au moment de l'exécution du contrat. D'autre part, la condition d'existence (l'objet doit être présent) n'est pas prévue dans le Code civil égyptien. Selon certains auteurs⁹⁴³, il s'agit d'une condition évidente appliquée par les tribunaux sans être explicitement énoncée conformément aux règles générales⁹⁴⁴. Au contraire, le Code civil égyptien confirme expressément que l'obligation ou le contrat peuvent avoir un objet futur à l'article 131 qui prévoit que « *1) Les choses futures peuvent être objet d'une obligation. 2) Cependant, toute convention sur la succession d'une personne vivante est nulle, même si elle est faite de son consentement, sauf dans les cas prévus par la loi* ».

336. Ensuite, il ne suffit pas que l'objet ait existé (présent) mais il faut également qu'il soit possible aux termes de l'article 1163 qui prévoit que l'objet « *doit être possible* ». La possibilité de l'objet renvoie surtout à la possibilité de l'acte ou de l'abstention promis⁹⁴⁵. Le contrat dont l'objet de la prestation est

⁹⁴¹ « *L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable. La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire* ».

⁹⁴² Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral, op.cit.*, p.424.

⁹⁴³ Nabil Ibrahim SAAD, *Les contrats nommés, le contrat de vente, op.cit.*, p.132.

⁹⁴⁴ La Cour de cassation égyptienne, 12 novembre 1959, n° 10-641.

⁹⁴⁵ Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral, op.cit.*, p.425.

impossible est donc nul⁹⁴⁶. Cette condition a été confirmée par le Code civil égyptien dans son article 132 qui dispose que « *si l'obligation a pour objet une chose impossible en soi, le contrat est nul* ».

337. Enfin, l'article 1163 alinéa 2 affirme que l'objet doit être « *déterminé ou déterminable* »⁹⁴⁷. Pour que l'objet puisse être exécuté, il faut bien savoir de quoi il s'agit. L'objet est déterminé le jour de la conclusion du contrat, on sait bien ce qui est dû. Cependant, il suffit pour que le contrat soit valable, que l'objet soit au moins déterminable au jour de l'exécution d'après les indications mêmes du contrat, selon l'article 1163 alinéa 3 qui dispose que « *la prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire* ». De même, pour le Code civil égyptien qui affirme aussi que l'objet doit être déterminée ou déterminable dans son article 133 qui prévoit que « *1) Si l'objet de l'obligation n'est pas un corps certain, il doit, sous peine, de nullité, être déterminé quant à son espèce et quant à sa quotité. 2) Toutefois, il suffit que l'objet soit déterminé quant à son espèce si le contrat fournit le moyen d'en préciser la quotité. A défaut de convention sur la qualité ou si celle-ci ne peut être déterminée par l'usage ou par toute autre circonstance, le débiteur doit fournir une chose de qualité moyenne* ». Toutefois, ces conditions ne suffisent pas pour que le contrat soit valide, car le contenu (l'objet) devra également être licite.

B : Un contenu licite

338. Pour que le contrat soit valide, il doit avoir un objet licite. En droit égyptien, selon l'article 135 du Code civil « *le contrat est nul si l'objet est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* », et il doit avoir un contenu licite en droit français aux termes du nouvel article 1162 du Code civil qui dispose que « *le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par*

⁹⁴⁶ Dimitri HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, op.cit., p.210.

⁹⁴⁷ L'ancien article 1129 du Code civil disposait qu' « *il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée* ».

son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ». Ce dernier article aborde donc deux types de licéité, le premier type est la licéité des stipulations du contrat, le deuxième est la licéité du but du contrat.

339. En premier lieu, à propos de la licéité des stipulations du contrat, elle correspond à l'ancienne exigence de licéité de l'objet du contrat⁹⁴⁸. D'une part, l'exigence de licéité s'applique d'abord à l'objet de la prestation (les choses ne pouvant être l'objet d'un contrat) pour s'assurer qu'elle n'était pas hors commerce, c'est-à-dire que les objets qui sont dans le commerce juridique sont seulement ceux qui peuvent être l'objet des contrats⁹⁴⁹. Ce qui précède a été confirmé par le nouvel article 1598 du Code civil français qui prévoit que « *tout ce qui est dans le commerce peut être vendu lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation* ». Le Code civil égyptien a un texte similaire dans son article 81 qui dispose que « *1) Toute chose qui n'est pas hors du commerce par sa nature ou en vertu de la loi peut être l'objet de droits patrimoniaux. 2) Les choses qui sont par leur nature hors du commerce sont celles qui ne peuvent être possédées exclusivement par personne. Celles qui sont hors du commerce en vertu de la loi sont les choses qui d'après la loi, ne peuvent faire l'objet de droits patrimoniaux* ». Ainsi, la règle générale en droit français et en droit égyptien, prévoit que tous les biens, les choses et les droits dans le commerce peuvent faire l'objet d'un contrat. En revanche, il existe certaines exceptions comme les choses illicites (la drogue), les choses sacrées (le corps humain) ou les choses dangereuses (les armes), le domaine public, les droits étroitement attachés à la personne (droit à l'image), etc. D'autre part, l'exigence de licéité s'appliquait également à l'objet de la prestation qui ne devait pas être contraire à l'ordre public. Autrement dit, les stipulations du contrat ne doivent être pas contraires à l'ordre public. Cette exigence est prévue à l'article 1162 du Code civil français disposant que « *le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations* ». Cette exigence est prévue aussi à l'article 6 du Code civil égyptien qui dispose

⁹⁴⁸ Selon l'ancien article 1128 du Code civil français qui disposait qu' « *il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions* ».

⁹⁴⁹ Dimitri HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, op.cit., p.227 ; Nabil Ibrahim SAAD, *Les contrats nommés, le contrat de vente*, op.cit., p.141.

qu'« *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

340. En deuxième lieu, concernant la licéité du but du contrat (l'ancienne notion de cause), le nouvel article 1162 du Code civil français affirme que le contrat ne peut déroger à l'ordre public par son but. Cette règle rappelle sans doute l'idée de licéité de la cause, ce qui signifie qu'il s'agissait de vérifier si la cause du contrat était licite ou pas. Le but du contrat peut être défini comme « *la raison lointaine de contracter, au-delà de la seule contrepartie reçue par le contrat* »⁹⁵⁰. Dès lors, l'article 1162 a substitué le but à la cause licite dans l'obligation⁹⁵¹ pour contrôler la licéité de l'opération contractuelle⁹⁵². Il est nécessaire de se référer au législateur français qui a abandonné définitivement la cause du contrat comme une condition pour valider le contrat. Cependant, l'abandon du législateur français du concept de la notion de cause, a été remplacé par la reprise de la fonction de la cause, à travers la nouvelle notion du but du contrat. Il n'est pas inutile de souligner que le rapport de la réforme a mentionné les raisons qui ont conduit le législateur français à prendre cette mesure révolutionnaire par laquelle il a décidé de ne pas avoir besoin la notion de cause licite en affirmant que « *face à la difficulté de donner à la notion de cause une définition précise, qui en engloberait tous les aspects, face aux critiques dont elle est l'objet tant de la part d'une partie de la doctrine que de la pratique, qui la perçoit comme un facteur d'insécurité juridique et un frein à l'attractivité de notre droit, il a été fait le choix de ne pas recourir à cette notion, pour la*

⁹⁵⁰ Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral, op.cit.*, 2016, p.478.

⁹⁵¹ L'ancien article 1108 du Code civil français.

⁹⁵² François CHÉNEDEÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidations, innovations, perspective*, 1^{re} éd, Dalloz, 2016, p.85 ; Voir en ce sens, François CHÉNEDEÉ, *La cause est morte... vive la cause ? Contrats, conc. Consom.* 2016, dossier 4, n° 5, p.21 ; Guillaume WICKER, *La suppression de la cause et les solutions alternatives (Rapport français) », La réforme du droit des obligations en France*, 5^e journées franco-allemandes, Société de législation comparée, 2015, p.107 ; Marc-Philippe WELLER, *La cause dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations de 2015 (Commentaire allemand), La réforme du droit des obligations en France*, 5^e journées franco-allemandes, Société de législation comparée, 2015, p.139.

remplacer par des règles aux contours mieux définis, permettant au juge de parvenir aux mêmes effets, tout en évitant le contentieux abondant que suscite cette notion »⁹⁵³. À cet égard, il convient de signaler aussi que l'ancien article 1133 du Code civil français énonçait que « *la cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public* ». L'article 1162 se réfère seulement à la contrariété de l'ordre public, c'est-à-dire que cet article fait disparaître la notion de bonnes mœurs en faveur de l'ordre public au motif que cette dernière notion est suffisante seule, pour atteindre l'objectif du législateur⁹⁵⁴.

341. En dernier lieu, il est utile aussi de noter que la cause est encore la troisième et la dernière condition de validité du contrat dans le Code civil égyptien notifiée aux articles 136 « *le contrat est nul lorsqu'on s'oblige sans cause ou pour une cause contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* », et l'article 137 « *1) Toute obligation est présumée avoir une cause licite, encore qu'elle ne soit exprimée dans l'acte, tant que le contraire n'est pas prouvé. 2) La cause exprimée dans le contrat est considérée comme vraie jusqu'à preuve contraire. Lorsque la preuve est administrée de la simulation de la cause, il incombe à celui qui soutient que l'obligation a une autre cause licite de le prouver* ». En outre, les dispositions de la cause en droit égyptien sont similaires au degré de conformité avec ses homologues en droit français, avant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, il n'est donc pas utile de les aborder pour éviter la répétition⁹⁵⁵.

⁹⁵³ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016 -131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, p.9.

⁹⁵⁴ Bien que les deux concepts semblent similaires, en réalité ils sont différents. Les bonnes mœurs sont fondées sur les comportements et les actes acceptés dans la communauté, peut être représentée ainsi les origines d'une communauté dans une certaine période de temps. Alors que l'ordre public est le cadre général de la société dans lequel tous les individus sont tenus de respecter afin de protéger l'intérêt public conformément à la charte sociale.

⁹⁵⁵ Voir Fathi Abdul Rahim ABD ALLAH, *Les éléments du contrat comme une source de l'engagement*, Le Caire, 1979 ; Abd EL Baqi Abd AL-FATTAHA, *La théorie du contrat, Étude comparative de la loi islamique*, Dar Al Nahda Al Arabya, 1984 ; Ibrahim Abu-Lail

§2 : *Le contenu du contrat préparatoire*

342. Comme mentionné précédemment, le contenu du contrat⁹⁵⁶ est l'opération juridique qu'il vise à réaliser⁹⁵⁷. En conséquence, on peut déterminer le contrat préparatoire en fonction de son contenu, ce qui est principalement la préparation du contrat définitif. Cette préparation du contrat peut prendre divers aspects. Il convient de s'interroger sur la nature du contenu du contrat préparatoire (A). Avant de développer les caractères du contenu du contrat préparatoire (B).

A : La nature du contenu du contrat préparatoire

343. Le contrat préparatoire est l'un des outils les plus importants de négociation pendant la période précontractuelle, parce que son objet est de préparer le contrat définitif à plusieurs obligations telle que l'obligation de négocier. Comme l'a écrit un auteur « *il est difficile d'imaginer que l'obligation de négocier ne va pas de pair avec la préparation du contrat définitif. L'obligation de négocier est le principe même de la préparation. C'est l'obligation principale dans le contrat préparatoire car comment préparer sans négocier* »⁹⁵⁸. Pour M. le Professeur Collart Dutilleul, le contrat préparatoire vise à définir les obligations entourant la négociation, en plus de créer un état de sécurité psychologique et juridique pour les acteurs de la négociation dans le cadre de la loyauté et de la bonne foi⁹⁵⁹. En outre, il a été souligné plus d'une fois que le contrat préparatoire vise à préparer et discuter le contrat définitif par l'obligation de négocier de bonne foi. Cette obligation donne à l'un des parties

ELDESOUKI, *La théorie de l'obligation, le contrat et la volonté*, publications de l'université du Koweït, 1995 ; Mustafa Al-Awaji, *Le droit civil, le contrat*, tome 1, 3^e éd, le centre arabe des publications, Beyrouth, 2003.

⁹⁵⁶ Il semble inutile de discuter de la distinction entre l'objet du contrat et l'objet de l'obligation, notamment après l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, ce qui a supprimé cette distinction.

⁹⁵⁷ Voir en details, Anne-Sop LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, LGDJ, 2005.

⁹⁵⁸ Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, *op.cit.*, p.116.

⁹⁵⁹ Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, Éric SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, *op.cit.*, p.117.

l'occasion de négocier ou d'aménager la négociation, afin de conclure le contrat définitif par la création d'un terrain fertile et un climat approprié⁹⁶⁰.

344. En effet, comme l'observe fort M. le Professeur Collart Dutilleul, « *les contrats préparatoires ont pour but d'aménager une situation juridique qui doit garantir la sécurité des parties durant la période antérieure à la réalisation du contrat définitif* »⁹⁶¹. Les contrats préparatoires jouent ainsi un rôle important en tant que garantie pour les candidats-contractants pendant la période précontractuelle. Ils représentent donc une garantie psychologique pour eux. Ces candidats-contractants obtiennent cette garantie juridique par les conditions contenues dans leurs contrats préparatoires, mais ces conditions ne peuvent pas garantir la conclusion du contrat projeté. Ce résultat conduit à la question suivante : est-ce que l'on peut cumuler l'obligation de négocier et celle de conclure le contrat définitif ? Selon la majorité de la doctrine⁹⁶² « *négocier n'est pas conclure* »⁹⁶³. Autrement dit, la négociation ne conduit pas forcément à la conclusion du contrat définitif parce que, l'obligation de négocier n'est pas une obligation de résultat, mais elle représente une obligation de moyen, son but est de réussir les négociations et de ne pas les conclure⁹⁶⁴. Ce point de vue a été confirmé par la chambre commerciale de la Cour cassation quand elle a considéré

⁹⁶⁰ Voir Hicham MELHEM, *L'obligation de négocier en droit des contrats*, Thèse, Lille 2, 2003 ; Joanna SCHMIDT, *La période précontractuelle en droit français*. In : *Revue Internationale de droit comparé*, Vol.42 n°2, avril-juin 1990, études de droit contemporain, p.560.

⁹⁶¹ François COLLART-DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, *op.cit.*, p.127.

⁹⁶² Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, *op.cit.*, p.137 ; Philippe LE TOURNEAU, *Quelques aspects de l'évolution des contrats*, Mélanges P. RAYNAUD, Paris, 1985, n° 24, p.349 ; Jean-Louis RESPAUD, *L'obligation de contracter dans le contrat-cadre de distribution*, Thèse Montpellier, 2000, p.51.

⁹⁶³ Olivier DESHAYES, *L'avant-contrat : Actualité du processus de formation des contrats*, PUF, 2008, p.49.

⁹⁶⁴ Jean GATSI, *Le contrat-cadre*, LGDJ, 1996, n° 395 et s ; Didier FERRIER, *La détermination du prix dans les contrats stipulant une obligation d'approvisionnement exclusif*, Dalloz, 1991, p.237.

que l'accord de principe est une obligation de poursuivre les négociations dans le cadre de la coopération et de la bonne foi sans obligation d'aboutir ⁹⁶⁵.

B : Les caractères du contenu du contrat préparatoire

345. Après avoir abordé l'étude des caractéristiques du contenu du contrat ordinaire, et de déterminer la nature du contrat préparatoire. La question qui se pose maintenant est de savoir si le contenu (l'objet) du contrat préparatoire doit avoir les mêmes caractères que le contenu (l'objet) du contrat ordinaire (définitif). Autrement dit, faut-il exiger du contrat préparatoire d'avoir un contenu certain et licite ? Pour répondre à cette question, dans un premier temps, il convient donc d'axer le contenu certain du contrat préparatoire (1). Puis dans un second temps, il convient d'examiner le contenu licite du contrat préparatoire (2).

1 : Le contenu certain du contrat préparatoire

346. Le contrat préparatoire, comme tout contrat, doit avoir un contenu certain conformément à l'article 1163 du Code civil français, et doit avoir un objet certain d'après les articles 131 à 135 du Code civil égyptien. Si on partage le point de vue qui confirme que le contenu (l'objet) du contrat préparatoire est de préparer le contrat définitif par certaines obligations. Dès lors, le contrat préparatoire doit avoir un contenu présent et possible, parce que si le contenu du contrat proposé est une obligation impossible à exécuter lors de la conclusion, le contrat préparatoire est annulable par défaut d'objet. De ce fait, il n'est pas logique que les négociateurs poursuivent le processus de négociation pour un contrat définitif dont la naissance ne pourra jamais avoir lieu en raison de l'absence de son contenu. Également, le contrat préparatoire doit avoir un contenu déterminé ou tout au moins déterminable ; il faut que la prestation promise soit définie et précisée⁹⁶⁶. Si le contenu du contrat préparatoire est par exemple l'obligation de négocier, il faut savoir précisément, le sujet de la négociation, les termes et les conditions de cette négociation. Si le contenu du contrat préparatoire est une obligation spéciale de faire une prestation particulière par un ou les deux

⁹⁶⁵ Cass, Com., 2 juillet 2002, n° 0013.459, RTD civ, 2003, p.76, obs. Jacques MESTRE, Bertrand FAGES.

⁹⁶⁶ Ahmed LASSOUED, *Les contrats préparatoires*, op.cit., p.165.

négociateurs, cette prestation doit être suffisamment précise et déterminée pour que les négociateurs puissent l'effectuer et l'exécuter⁹⁶⁷. Cependant, la précision du contenu du contrat définitif ne sera pas une condition de validité du contrat préparatoire, parce que ce dernier prépare le contrat définitif qui ne peut être dans tous les cas déterminés précisément, le contenu donc apparaîtra au cours des négociations⁹⁶⁸.

347. Le contenu certain du contrat préparatoire soulève quelques questions, la première est : les candidats-contractants peuvent-ils déterminer le type de leur contrat final ? De point de vue juridique, il n'existe pas d'obstacle ou de texte qui empêche les négociateurs de déterminer le type du contrat définitif dans leur contrat préparatoire. Cependant, cette détermination n'est pas conseillée sur le plan pratique car elle réduit l'utilité souhaitée du contrat préparatoire visant à conclure le contrat définitif. De plus, il restreindra la liberté des parties en cas de changement des conditions économiques en général ou en cas de changement de la position économique ou financière de l'un des négociateurs. Donc, cette détermination représente un véritable obstacle pour ses parties. En ce sens, M. le Professeur Mousseron a confirmé que « *la détermination assurée ou, tout au moins, possible de la chose et du prix, condition de validité du contrat définitif n'est pas requise pour celle des contrats préparatoires. (...) le fait qu'ils aient pour objet de favoriser la conclusion de vente ou de louages ultérieurs n'influe, donc, pas sur la qualification ou le régime de pareilles conventions* »⁹⁶⁹. La deuxième question est : les candidats-contractants peuvent-ils identifier certains éléments essentiels du contrat définitif ? Il est certain, selon les règles générales, que le contrat préparatoire peut inclure certaines clauses ou des éléments du contrat définitif, mais les éléments essentiels sont considérés comme une exception selon de nombreux auteurs qui affirment que le contrat préparatoire ne peut inclure les éléments essentiels du contrat final. Ils prétendent que le contrat préparatoire a pour objet la préparation des éléments essentiels du contrat

⁹⁶⁷ Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, op.cit., p.184.

⁹⁶⁸ Ahmed LASSOUED, *Les contrats préparatoires*, op.cit., p.167.

⁹⁶⁹ Jean-Marc MOUSSERON, *A propos des contrats d'assistance et de fourniture*, Dalloz, 1973, p.198.

définitif. De ce fait, « *le contrat préparatoire ne peut contenir d'élément essentiel, sans quoi il vaudrait contrat définitif* »⁹⁷⁰. Ils soutiennent également leur point de vue sous prétexte que le contrat préparatoire est un contrat totalement indépendant, autonome du contrat définitif, même s'il représente l'une des étapes pour sa conclusion. Par conséquent, le contrat préparatoire ne peut pas contenir les éléments essentiels du contrat définitif du respect de l'indépendance de ces contrats. M. le professeur Collart Dutilleul confirme ce sens en affirmant que « *perçoit-on la double finalité des contrats préparatoires. En eux-mêmes contrats véritables et autonomes, ils doivent être analysés comme tels. Mais il convient de ne pas oublier la dimension que leur confère le rôle d'étapes qu'ils jouent dans la formation d'un autre contrat...* »⁹⁷¹. Toutefois, il ne suffit pas que le contenu du contrat préparatoire soit certain mais il devrait également être licite.

2 : Le contenu licite du contrat préparatoire

348. En ce qui concerne la licéité du contenu du contrat préparatoire, il ne peut produire des prestations ou des obligations dont l'objet est contraire à la loi, l'ordre public comme tous les contrats, selon le nouvel article 1162 du Code civil français et son homologue égyptien 136 du Code civil. Dans tous les cas, en droit français et égyptien, le contenu (l'objet) du contrat préparatoire ne pourra porter sur une chose hors du commerce juridique ou les choses illicites, les choses sacrées, et les droits étroitement attachés à la personne, etc. La question qui découle donc est : quel est le sort du contrat définitif si le contenu du contrat préparatoire est illicite ? Si l'on considère que l'obligation issue du contrat préparatoire, dont le contenu est illicite, se présente comme une obligation accessoire dans le contrat définitif, dès lors, l'illicéité de son objet ne peut entraîner que la nullité de cette condition, les parties peuvent donc l'ignorer et le considérer comme non écrit. Donc, le contrat définitif ne pourra être annulé pour

⁹⁷⁰ Ahmed LASSOUED, *Les contrats préparatoires*, op.cit., p.56.

⁹⁷¹ François COLLART-DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, op.cit., p.11.

illicéité de l'objet du contrat préparatoire si l'objet du contrat définitif est différent⁹⁷².

349. Enfin, à la lumière de l'article 1162 du Code civil français, la cause du contrat préparatoire ne peut être considérée comme l'une des conditions de sa validité. Cependant, l'article 1162 a substitué le but du contrat préparatoire à la cause licite dans l'obligation pour contrôler la licéité de l'opération contractuelle pour chaque contrat préparatoire. Au contraire, en droit égyptien la cause reste la troisième et la dernière condition de la validité du contrat préparatoire. La cause du contrat préparatoire est donc la conclusion du contrat définitif. Comme toute obligation, celles nées de contrat préparatoire doivent avoir une cause licite. Dès lors, si le contrat préparatoire se trouve dépourvu de cause, il est incontestable que l'absence de celle-ci aura pour effet d'entraîner son annulation au même titre qu'un contrat définitif. Après avoir analysé les conditions de fond du contrat préparatoire, il semble nécessaire de présenter les conditions de forme.

Section 2 : Les conditions de forme du contrat préparatoire

350. Afin d'étudier les conditions de forme du contrat préparatoire, il est nécessaire d'examiner d'abord les conditions de forme du contrat ordinaire dans le droit français et le droit égyptien, puisque le contrat préparatoire est sans aucun doute un contrat, il est donc soumis aux mêmes conditions. Cette étude soulève de nombreuses questions, telles que, les conditions de forme du contrat ordinaire sont-elles les mêmes en droit français et égyptien ? Les conditions de forme du contrat ordinaire sont-elles parfaitement applicables aux contrats préparatoires ou ces derniers ont une certaine particularité ? Comment le contrat préparatoire se forme-t-il ? Le contrat préparatoire est-il un contrat consensuel ou un contrat solennel ? Est-ce que le contrat préparatoire doit revêtir la même forme que le contrat définitif ? Avant de répondre à ces questions, il est nécessaire de souligner que les systèmes français et égyptien sont des systèmes consensualistes, en ce qui concerne la conclusion de contrats. En dépit de ce consensualisme, il y a quelques exceptions. Donc, il convient d'axer notre réflexion tout d'abord sur le principe du

⁹⁷² Ahmed LASSOUED, *Les contrats préparatoires*, op.cit., p.168 ; Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, op.cit., p.187.

consensualisme (Sous-section 1). Puis, sur les exceptions au principe du consensualisme (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Le principe du consensualisme

351. Le principe du consensualisme en droit français est consacré de façon expresse⁹⁷³ à l'article 1172 alinéa 1 du Code civil qui dispose que « *les contrats sont par principe consensuels* », et de façon implicite en droit égyptien à l'article 89 alinéa 1 du Code civil qui prévoit que « *le contrat se forme dès que les deux parties ont échangé deux volontés concordantes* ». Ceci signifie que les deux articles ne requièrent aucune forme pour la formation du contrat consensuel, qui se forme par l'accord des volontés⁹⁷⁴. En d'autres termes, le contrat en droit français et égyptien est valable en dehors de l'accomplissement de toute condition de forme. Ainsi, les Cours de cassation française et égyptienne⁹⁷⁵ retiennent le principe du consensualisme dans beaucoup de leurs arrêts, par exemple il a été jugé « *qu'un contrat peut être valablement formé par l'échange verbale des consentements (sauf s'il existe) un texte ou une convention d'où résulterait à peine de nullité l'exigence de la signature d'un écrit* »⁹⁷⁶. Par conséquent, le contrat en droit français et égyptien, conformément aux règles générales, est un contrat consensuel. Ce dernier a été défini par le Code civil français à l'article 1109 alinéa 1 qui dispose que « *le contrat est consensuel lorsqu'il se forme par le seul échange des consentements quel qu'en soit le mode d'expression* », c'est-à-dire que les parties peuvent exprimer leur volonté d'une manière qu'elles aient été explicites ou implicites, par écrit ou par voie orale, il n'est pas nécessaire qu'elles

⁹⁷³ Olivier DESHAYES, Thomas GENICON, Yves-Marie LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, Lexis Nexis, 2016, p.312.

⁹⁷⁴ Thibault DOUVILLE (dir.), *La réforme du droit des contrats, Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op.cit., p.142 ; Yasser Kamel ALSIRAFI, *L'acte juridique formel en droit égyptien*, Dar Al Nahda AL Arabya, 1992, p.32.

⁹⁷⁵ La Cour de cassation égyptienne, 29 mai 1996, n°4291-62.

⁹⁷⁶ Cass. 3^e ch. civ., 12 juillet 1983, n° 82-11.130 ; Cass. 3^e ch. civ., 27 novembre 1990, n° 89-14.033 ; Cass. 1^{re} ch. civ., 28 mars 2000, n° 97-21.422 ; Cass. 1^{re} ch. civ., 11 octobre 2017, n°16-24.533.

soient constatées dans un acte écrit⁹⁷⁷. Ce sens a été confirmé par le Code civil égyptien dans son article 90 qui dispose qu' « 1) on peut déclarer sa volonté verbalement, par écrit ou par les signes généralement en usage, ou encore par une conduite telle que, dans les circonstances de la cause, elle ne laisse aucun ne doute sur la véritable intention. 2) La déclaration de volonté peut être tacite, lorsque la loi ou les parties n'exigent pas qu'elle soit expresse ».

352. L'on pourrait croire que le principe du consensualisme s'étend aux contrats préparatoires pour deux raisons. La première, le contrat préparatoire comme on le sait est un contrat et donc il est soumis au principe du consensualisme au titre des dispositions générales à l'article 1172 du Code civil français et à l'article 89 du Code civil égyptien qui consacrent ce principe. La deuxième, les contrats préparatoires sont nés dans la période précontractuelle, et sont soumis aux principes de la liberté contractuelle et au principe du consensualisme ce qui facilite la conclusion des contrats préparatoires. Par conséquent, le formalisme est complètement incompatible avec l'objectif de ces contrats, qui cherchent à conclure le contrat définitif sans aucune restriction qui entrave le processus de négociation⁹⁷⁸. Pourtant, il n'y ait rien pour empêcher un ou les deux négociateurs d'exiger l'écrit dans leur contrat préparatoire, pour la preuve du contrat, à condition que la volonté soit certaine, claire et explicite⁹⁷⁹ vu que, le principe consensualisme aussi désigne la liberté des formes et s'oppose au formalisme⁹⁸⁰. Dans ce sens, pour M. le professeur Ghestin le principe du consensualisme « ne doit pas se comprendre comme l'absence de forme, mais plutôt comme la liberté de la forme »⁹⁸¹.

⁹⁷⁷ Abd El Razaq Al SANHOURI, *Al Waseet, La théorie générale de l'obligation, Le contrat, op.cit.*, p.142 ; Mohamed Ali ABDOL, *Le rôle de la forme dans le contrat, étude comparée*, Beyrouth, ZAIN publications juridiques, 2007, p.55 ; Abd El Moneam Farag ALSADA, *La théorie du contrat*, Dar Al Nahda AL Arabya, 1960, p.65.

⁹⁷⁸ Ahmed LASSOUED, *Les contrats préparatoires, op.cit.*, p.174.

⁹⁷⁹ Christian LARROUMET, Sarah BROS, *Traité de droit civil, les obligations, le contrat, op.cit.*, p.467.

⁹⁸⁰ Alain BENABENT, *Droit des obligations, à jour de la réforme de 2016 et des projets de 2017, op.cit.*, p.105.

⁹⁸¹ Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, op.cit.*, p.28.

Sous-section 2 : Les exceptions au principe du consensualisme

353. Le principe du consensualisme est comme tout principe a des exceptions⁹⁸². Ses exceptions sont énumérées en droit français à l'article 1172 alinéa 2 portant sur le contrat solennel qui énonce que « *par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formes déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation* ». Et l'alinéa 3 portant sur le contrat réel qui énonce qu' « *en outre, la loi subordonne la formation de certains contrats à la remise d'une chose* ». Également dans le Code civil égyptien à l'article 101 alinéa 2 portant sur la promesse de contrat prévoit que « *lorsque la loi subordonne la conclusion du contrat à l'observation d'une certaine forme, celle-ci s'applique également à la convention renfermant la promesse de contracter* ». Il se peut que certains contrats échappent au principe du consensualisme, car le législateur, pour diverses raisons, peut exceptionnellement imposer le respect d'une forme, par exemple la remise d'une chose à l'article 1172 alinéa 3 du Code civil français, la réalisation d'une certaine forme indiquée à l'article 101 alinéa 2 du Code civil égyptien. Par conséquent, le défaut de respect de la forme est sanctionné par la nullité et non pas par l'inexistence du contrat⁹⁸³. Il n'est pas inutile de préciser que le législateur impose parfois d'autres formes pour les raisons de preuve, d'opposabilité et de publicité, mais leur absence

⁹⁸² Pour plus de détails sur le sujet du formalisme, voir en droit français, Primo MOENECLAYE, *De la naissance du formalisme dans les obligations civiles et commerciales françaises*, Thèse, Lille, 1914 ; Raoul ROUXEL, *Recherche des principes généraux régissant l'évolution contemporaine du formalisme des actes juridiques*, Thèse, université de CAEN, Faculté de droit, 1934 ; Marc NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, Thèse, université de Paris XII, 1996 ; Solange BECQUE-ICKOWICZ, *Le parallélisme des formes en droit privé*, Thèse, Panthéon-Assas Paris 2, 2004 ; Nguyen TIEN DIEN, *Le formalisme en matière contractuelle dans les droits français et vietnamien*, Thèse, Paris 2, 2011 ; En droit égyptien voir, Yasser Kamel ALSIRAFI, *Le rôle du juge dans la formation du contrat*, Dar Al Nahda AL Arabya, 2000; Salah Nasser ALOTAIBI, *L'idée du forme dans la relation contractuelle*, Thèse, Faculté de droit, université Ain shamas, le Caire, 2000 ; Berack Fares Hussein AL-JUBOURI, *La théorie de forme dans les contrats civils et les contrats électroniques*, la fondation moderne du livre, 2014.

⁹⁸³ Olivier DESHAYES, Thomas GENICON, Yves-Marie LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *Commentaire article par article*, *op.cit.*, p.313.

n'entraîne pas la nullité, et le contrat restera valable⁹⁸⁴. Ces formes donc ne représentent pas le formalisme dans un sens littéral, dont son absence entraînera l'annulation du contrat, et ne constituent pas réellement une exception au principe du consensualisme. Elles sont donc hors notre champ d'étude. En conséquence, le contrat solennel, le contrat réel et la promesse du contrat, constituent une véritable exception au principe du consensualisme.

354. Le contrat solennel est défini par l'article 1109 alinéa 2 du Code civil français qui prévoit que « *le contrat est solennel lorsque sa validité est subordonnée à des formes déterminées par la loi* ». Dans ce cas, le contrat sera solennel en vertu de la loi, pour des raisons qui peuvent être pratiques, économiques ou organisationnelles, etc. Le législateur peut donc exiger certaines formes comme l'écrit ou sous seings privés⁹⁸⁵. Le formalisme traditionnel, le plus répandu en France et en Égypte est l'acte authentique. Cet écrit peut être requis, par exemple, car il est lié à des actes graves qui touchent la famille. Par conséquent, ils doivent être réalisés devant un notaire comme la donation à l'article 931⁹⁸⁶ du Code civil français et l'article 488⁹⁸⁷ du Code civil égyptien. Également, le contrat de mariage à l'article 1349⁹⁸⁸ du Code civil français, la constitution d'hypothèque à l'article 2127⁹⁸⁹ du Code civil français et l'article

⁹⁸⁴ Jacques FLOUR, *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme dans le droit privé français au milieu du vingtième siècle*, études offertes à Georges Ripert, tome 1, Paris, LGDJ, 1950, p.93, cité par, Nguyen TIEN DIEN, *Le formalisme en matière contractuelle dans les droits français et vietnamien*, op.cit., p.15.

⁹⁸⁵ Christian LARROUMET, Sarah BROS, *Traité de droit civil, les obligations, le contrat*, op.cit., p.474.

⁹⁸⁶ « *Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité* ».

⁹⁸⁷ « *1) La donation devra être faite par acte authentique à peine de nullité, à moins qu'elle ne revête la forme d'un autre contrat* ». Il y a une exception à cette exigence de l'acte notarié pour la validité d'une donation en ce qui concerne les biens meubles, est un contrat réel que l'on retrouvera plus loin.

⁹⁸⁸ « *Toutes les conventions matrimoniales seront rédigées par acte devant notaire, en la présence et avec les consentements simultanés de toutes les personnes qui y sont parties ou de leurs mandataires* ».

⁹⁸⁹ « *L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte passé en forme authentique devant deux notaires ou devant un notaire et deux témoins* ».

1031⁹⁹⁰ du Code civil égyptien, le contrat de société à l'article 507⁹⁹¹ du Code civil égyptien, le mandat à l'article 700⁹⁹² du Code civil égyptien, et enfin, le contrat de rente viagère à l'article 743⁹⁹³ du Code civil égyptien. Dans d'autres cas, le contrat peut être solennel en vertu des volontés des parties. Il s'agit de contrat qui, selon la loi, est normalement un contrat consensuel, mais les parties ont décidé de le transformer en contrat solennel. Par exemple, la promesse synallagmatique de contrat peut être conclue en deux phases. La première, lorsque les consentements des négociateurs sont échangés en vertu d'une promesse consensuelle. La deuxième est complétée par un acte authentique⁹⁹⁴. On peut donc noter que le contrat préparatoire peut être formalisé selon la volonté des négociateurs.

355. Le contrat réel correspond à une notion trouve son origine en droit romain en France et en droit islamique en Égypte. Le Code civil français a conservé la notion de contrat réel à l'article 1172 alinéa 3 « *en outre, la loi subordonne la formation de certains contrats à la remise d'une chose* ». Il a défini aussi ce contrat à l'article 1109 alinéa 3 du Code civil qui prévoit que « *le contrat est réel lorsque sa formation est subordonnée à la remise d'une chose* ». Selon certains auteurs⁹⁹⁵, le contrat réel est formaliste par sa nature qui se forme par la remise de la chose, objet du contrat, ceci est confirmé par le législateur français

⁹⁹⁰ « 1) L'hypothèque ne peut être constituée qu'en vertu d'un acte authentique. 2) Sauf stipulation contraire, les frais de l'acte sont à la charge du constituant ».

⁹⁹¹ « Le contrat de société doit être constaté par écrit à peine de nullité. Seront également nulles toutes les modifications apportées au contrat si elles ne revêtent pas la même forme que ce contrat ».

⁹⁹² « Sauf disposition contraire, le mandat doit être donné dans la forme requise pour l'acte juridique qui en est l'objet ».

⁹⁹³ « Le contrat de rente viagère n'est valable que lorsqu'il est constaté par écrit, sans préjudice des formes spéciales que la loi exige pour les actes de libéralité ».

⁹⁹⁴ Christian LARROUMET, Sarah BROS, *Traité de droit civil, les obligations, le contrat, op.cit.*, p.473.

⁹⁹⁵ Nguyen TIEN DIEN, *Le formalisme en matière contractuelle dans les droits français et vietnamien, op.cit.*, p.115.

dans certains contrats comme par exemple, le contrat de dépôt à l'article 1915⁹⁹⁶ du Code civil français, le prêt à usage à l'article 1875⁹⁹⁷ du Code civil français, le prêt de consommation à l'article 1892⁹⁹⁸ du Code civil français, le gage aux articles 2071⁹⁹⁹ et 2072¹⁰⁰⁰ du Code civil français, l'article 1096¹⁰⁰¹ du Code civil égyptien et la donation pour les biens meubles à l'article 488 alinéa 2¹⁰⁰² du Code civil égyptien. Pour revenir aux contrats préparatoires, les tribunaux français ont accepté la validité de la promesse consensuelle synallagmatique du contrat réel, du fait de l'absence de texte juridique qui empêche cette acceptation. En plus, aucune considération d'ordre public ne vient interdire d'inclure un contrat réel unilatéral dans une promesse consensuelle en vertu de laquelle, non seulement, l'un des négociateurs s'oblige à remettre une chose à l'autre négociateur, et d'ores et déjà à la restituer. Il s'agit que cette promesse représente *« un avant-contrat préparatoire du contrat de prêt définitif, lequel ne sera réalisé que par le remis de la chose à l'emprunteur »*¹⁰⁰³. Ce point de vue a été adopté par

⁹⁹⁶ « Le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature ».

⁹⁹⁷ « Le prêt à usage est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi ».

⁹⁹⁸ « Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité ».

⁹⁹⁹ « Le nantissement est un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette ».

¹⁰⁰⁰ « Le nantissement d'une chose mobilière s'appelle gage. Celui d'une chose immobilière s'appelle antichrèse ».

¹⁰⁰¹ « Le nantissement est un contrat par lequel une personne s'oblige, pour la garantie de sa dette ou de celle d'un tiers, à remettre au créancier ou à de celle d'un tierce personne choisie par les parties, un objet sur lequel elle constitue au profit du créancier un droit réel en vertu duquel celui-ci pourra retenir l'objet jusqu'au paiement de sa créance et pourra se faire payer sur le prix de cet objet en quelque main qu'il passe, par préférence aux créanciers chirographaires et aux créanciers inférieurs en rang ».

¹⁰⁰² « Toutefois, pour les biens meubles, la donation pourra avoir lieu par la simple remise, sans besoin d'acte authentique ».

¹⁰⁰³ Christian LARROUMET, Sarah BROS, *Traité de droit civil, les obligations, le contrat, op.cit.*, p.473.

un certain nombre d'auteurs égyptiens qui croient qu'il n'y a pas d'obstacle empêchant le contrat préparatoire d'être un contrat réel¹⁰⁰⁴.

356. Selon les règles générales, le contrat préparatoire est un contrat consensuel formé par le seul échange des consentements entre les négociateurs qui s'engagent, sans aucune formalité, à conclure ce contrat préparatoire. Cela conduit à la question de savoir si le contrat préparatoire doit revêtir la même forme que le contrat définitif ? Selon la majorité des auteurs, les contrats préparatoires peuvent être efficaces sous n'importe quelle forme dès lors que l'accord des volontés a été constaté. Ce qui veut dire que la forme éventuellement requise pour le contrat définitif n'est pas également exigée pour les contrats préparatoires¹⁰⁰⁵. À l'exception de la promesse du contrat prévu à l'article 101 alinéa 2 du Code civil égyptien qui prévoit que « *lorsque la loi subordonne la conclusion du contrat à l'observation d'une certaine forme, celle-ci s'applique également à la convention renfermant la promesse de contracter* ».

357. Pour conclure, on constate que le contrat préparatoire, comme tout contrat, pour être valide doit remplir les conditions de fond. Ces conditions sont trois dans le droit français et le droit égyptien. A propos de la première condition : le consentement est convenu dans les deux Codes civils. Dès lors, pour la naissance du contrat préparatoire, il faut que les négociateurs aient consentement et que leur volonté soit déclarée de façon libre et éclairée. Ensuite, en ce qui concerne la capacité, il apparaît que cette dernière est la deuxième condition de formation du contrat préparatoire en droit français, alors qu'elle représente une condition de validité du consentement dans le droit égyptien. Pour la troisième condition : le contrat préparatoire doit avoir un contenu certain et licite en droit français, et un objet certain en droit égyptien. Enfin, à la lumière de l'article 1162 du Code civil français, la cause du contrat préparatoire ne peut être considérée

¹⁰⁰⁴ Mohamed Jamal ATTIA, *Le formalisme juridique*, Thèse, Faculté de droit, université Al Zakazik, 1993, p.201; Esmat Abdel Majeed BAKAR, *La théorie du contrat dans les droits civils arabes, étude comparée*, Dar Al kotob AL-Alamyia, 2015, p.55.

¹⁰⁰⁵ Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, op.cit., p.174 ; Voir aussi, François COLLART-DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, op.cit., p.78 ; Ahmed LASSOUED, *Les contrats préparatoires*, op.cit., p.181.

comme l'une des conditions de sa validité. En revanche, l'article 1162 a substitué la cause licite dans l'obligation par le but du contrat préparatoire, afin de contrôler la licéité de l'opération contractuelle pour chaque contrat préparatoire. Au contraire, en droit égyptien la cause reste la troisième condition de validité du contrat préparatoire. À propos des conditions de forme du contrat préparatoire, il a été possible de voir à travers l'analyse de ces conditions en droit français et égyptien, que le contrat préparatoire est un contrat consensuel formé par le seul échange des consentements entre les négociateurs. Mais il n'existe aucun article dans le Code civil français et égyptien pour empêcher les négociateurs de décider que le contrat préparatoire prend la forme d'un contrat solennel ou réel.

358. Une comparaison des Codes civils français et égyptien nous montre que, le Code civil français stipule les conditions de validité du contrat dans un seul article, tandis que le Code civil égyptien a consacré ces conditions dans plusieurs articles. Il semble que l'existence de ces conditions dans un seul texte soit meilleure dans la pratique. C'est pour cette raison qu'on souhaite que le législateur égyptien suive l'exemple du Code civil français. Quant aux vices de consentement, ils sont organisés par le Code civil français dans un seul article, ce qui constitue une théorie générale de ces vices. Au contraire, le législateur égyptien a organisé ces vices dans des textes clairsemés. Il semble donc préférable que le législateur égyptien adopte la position du législateur français sur cette question.

359. Après avoir abordé la notion des contrats préparatoires, identifié leur nature et leurs conditions de formation, il semble approprié de conclure cette partie en étudiant certains contrats préparatoires consacrés par les législateurs français et égyptien les plus fréquents dans la pratique.

Titre 2 : L'analyse des principaux types des contrats préparatoires

360. Au cours de la période des négociations précontractuelles, les pré-contractants discutent et débattent tous les points et les éléments évoqués afin de conclure leur contrat futur. C'est pour cette raison qu'il est très fréquent que les pré-contractants utilisent de nombreux instruments pour préparer leur contrat définitif. Plus précisément, il existe d'un côté des instruments non contractuel¹⁰⁰⁶, comme l'engagement d'honneur, les lettres d'intention, les protocoles d'accord, etc. Ces documents soulèvent beaucoup de questions par exemple : Ces documents précontractuels ont-ils une force créatrice d'obligations ? Donnent-ils naissance à des obligations de négocier ou de conclure le contrat définitif ? Ont-ils une vraie valeur juridique ? De l'autre côté, les pré-contractants utilisent également des instruments contractuels de négociation¹⁰⁰⁷. Ces instruments peuvent prendre la forme des contrats conclus avec un tiers à la négociation comme, les contrats d'étude, le contrat de porte-fort, etc. Ils peuvent prendre aussi la forme des contrats conclus entre les pré-contractants (l'avant-contrats ou les contrats préparatoires). Il est utile de souligner qu'il est préférable d'utiliser le terme de contrats préparatoires, car ce dernier exprime sincèrement la nature de ces contrats, ce sont vraiment des contrats parce que les pré-contractants « *s'accordent pour créer à la charge de l'une ou de chacune d'entre elles des obligations en principe pleinement contraignantes et irrévocables* »¹⁰⁰⁸. Ils sont préparatoires, parce que ces contrats, malgré leurs différentes formes et leurs différents noms, ont le même objectif qui est de préparer le contrat définitif. Ces contrats préparatoires peuvent avoir pour objet une obligation de négociation (le contrat de négociation ou l'accord de principe). Ils peuvent aussi avoir pour objet une obligation de préférer (le pacte de préférence). Enfin, ils peuvent avoir pour objet une obligation de contracter (le contrat-cadre, les contrats de promesse de contracter). Ces contrats soulèvent également de nombreuses questions et des

¹⁰⁰⁶ Jean-Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL, Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat, op.cit.*, p.227.

¹⁰⁰⁷ *Ibid.*, p.249.

¹⁰⁰⁸ Bertrand FAGES, *Droit des obligations, op.cit.*, p.67.

problèmes tant dans la doctrine que dans la pratique. Par exemple, le contrat considéré par l'un des auteurs comme un contrat préparatoire ne l'est pas pour un autre auteur. Aussi les problèmes liés au contenu, la formation, la nature, la mise en œuvre et la non-exécution de ces contrats, etc. Surtout que ces contrats ne disposent pas d'une liste exclusive, où dans la pratique se présente pour chaque période, un nouveau contrat préparatoire pour répondre aux besoins des négociateurs.

361. Malgré l'importance de tous ces contrats préparatoires dans la pratique, le législateur français n'a codifié que deux contrats (le pacte de préférence et la promesse unilatérale) tandis que le législateur égyptien n'en a codifié qu'un seul (la promesse unilatérale). Cette reconnaissance législative soulève aussi de nombreuses questions : pourquoi le législateur a choisi ces contrats et non pas d'autres ? Pour le législateur, ces contrats sont-ils exclusivement des contrats préparatoires ? Ou d'autres contrats peuvent être considérés comme préparatoires malgré le fait que le législateur ne les a pas codifiés ? Afin de répondre à ces questions et à d'autres, il est nécessaire d'étudier ces contrats en profondeur et plus en détail. Par conséquent, on aborde successivement le pacte de préférence (Chapitre 1) puis, les promesses de contrat (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Le pacte de préférence

362. Pendant longtemps, le pacte de préférence a été considéré comme une forme préparatoire secondaire¹⁰⁰⁹. Ce pacte a été conçu à l'origine pour donner la priorité à l'acquéreur éventuel d'un bien immobilier ou encore venir assortir un contrat de bail, un contrat d'édition, ou un contrat de prêt. Le pacte de préférence occupe désormais le devant de la scène pratique, il est devenu aujourd'hui « *un moule susceptible de se prêter à toutes opérations contractuelles, au point d'embrasser un champ quasiment aussi vaste que celui des promesses de contrat* »¹⁰¹⁰, il arrive très souvent pendant la formation du contrat que l'une des parties s'arrange pour obtenir un pacte de préférence qui représente une obligation contractuelle, que lui assure une priorité sur les tiers au cas où l'autre partie déciderait de contracter à l'avenir. Par conséquent, ce pacte de préférence a fait l'objet d'évolution dans la pratique, ce qui a attiré l'attention de la doctrine en raison des problèmes soulevés par ce type de contrat devant les tribunaux. Ceci a conduit le législateur français à enfin codifier ce contrat. Cela peut expliquer pourquoi le législateur a codifié ce contrat sans les autres. Dès lors, ce pacte soulève de nombreux problèmes et questionnements qui seront intéressants, à savoir : comment la doctrine et la jurisprudence française et égyptienne les traitent ? C'est le cas pour la définition de ce pacte, la détermination de sa nature, de déterminer ses caractéristiques, ses conditions de forme et de fond, ses effets juridiques et enfin la sanction en cas de sa violation. Dès lors, l'analyse du pacte de préférence sera développée en deux temps. Dans un premier temps, la conception du pacte de préférence (Section 1), et dans un second temps, notre analyse se concentrera sur le régime du pacte de préférence (Section 2).

¹⁰⁰⁹ Denis MAZEAUD, *La méconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, Recueil Dalloz, 1997, p.475, l'auteur dans son article a considéré que le pacte de préférence comme « *parent pauvre des avant-contrats* ».

¹⁰¹⁰ Suzanne LEQUETTE, *Réflexions sur la durée du pacte de préférence*, RTD civ, 2013, p.491.

Section1 : Conception du pacte de préférence

363. Le concept du pacte de préférence n'a pas toujours eu le même sens, il a subi un changement pour adapter le rôle qu'il a joué dans la pratique. Parallèlement, la nature de ce concept a été également soumise à l'évolution. L'étude de ce concept donc nécessite l'étude de l'évolution de sa définition, l'évolution de la définition du pacte de préférence (Sous-section 1). Par la suite, il faudra étudier les difficultés que l'on rencontre au sujet de la nature du pacte de préférence et de ses caractéristiques, et la différence entre ce concept et d'autres concepts juridiques similaires. Ces éléments précédents (la nature, les caractéristiques et la différence entre lui et les autres) donnent de l'originalité du pacte de préférence (Sous-section 2).

Sous-section 1 : L'évolution de la définition du pacte de préférence

364. Le concept du pacte de préférence est né dans la pratique, il a donc évolué au fil du temps, d'un concept étroitement lié uniquement à la vente et à l'immobilier à un concept plus large qui pourrait précéder tout contrat, d'un concept non codifié à un concept codifié dans le Code civil français. Donc, il convient dans un premier temps de mettre en lumière la définition du pacte de préférence en droit français (avant la réforme) et en droit égyptien (§1), avant d'en apprécier plus précisément la définition du pacte après la réforme (§2).

§1 : La définition du pacte de préférence en droit français (avant la réforme) et en droit égyptien

365. Le Code civil français de 1804 et son homologue égyptien ne connaissaient pas officiellement le pacte de préférence. C'est pour cette raison que le pacte de préférence a toujours été un acte juridique complexe et délicat. Par conséquent, la doctrine dans les deux pays a pris la tâche de définir ce pacte. C'est pourquoi, ce dernier a beaucoup de définitions convergentes dans la doctrine française et égyptienne.

366. En premier lieu, en droit français d'une manière générale, le pacte de préférence peut être défini comme une « *convention par laquelle le promettant s'engage, pour le cas où il se déciderait à conclure, à offrir par priorité au bénéficiaire du pacte de traiter avec lui* »¹⁰¹¹. Dans le même sens, pour certains auteurs le pacte de préférence est une « *convention par laquelle une personne s'engage envers une autre à ne pas conclure avec des tiers un contrat déterminé avant de lui en avoir proposé la conclusion* »¹⁰¹². À cet égard, M. le professeur Ghestin a défini le pacte de préférence comme « *la convention par laquelle une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui au cas où elle décadrait de contracter* »¹⁰¹³. Ainsi, de l'avis des autres auteurs, le pacte de préférence est « *un contrat par lequel une personne s'oblige envers une autre à ne pas conclure un contrat déterminé avant de lui en avoir proposé la conclusion aux mêmes conditions* »¹⁰¹⁴. Il s'agit du pacte qui est « *l'avant-contrat qui engendre pour l'une des parties l'obligation de conclure avec l'autre, de préférence à un tiers, un contrat ultérieur dont ni le principe, ni le contenu n'ont encore été arrêtés* »¹⁰¹⁵.

367. En deuxième lieu, il convient de mettre en évidence ici que la majorité des auteurs égyptiens préfère utiliser le terme de « la promesse de préférence » plutôt que le terme du pacte de préférence, parce que selon eux le pacte de préférence est un type de promesse de contrats¹⁰¹⁶. À vrai dire, la doctrine égyptienne classique connaît le concept étroit du pacte de préférence, qui l'a défini comme le contrat par lequel une partie s'oblige à proposer à une autre

¹⁰¹¹ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, op.cit., p.730.

¹⁰¹² Joanna SCHMIDT, *Négociation et conclusion de contrats*, op.cit., p.208.

¹⁰¹³ Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU, Yves-Marie SERINET, *La formation du contrat, tome 1 : Le contrat, Le consentement*, op.cit., p.574.

¹⁰¹⁴ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, op.cit., p.216.

¹⁰¹⁵ Jean-Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL, Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat*, op.cit., p.290.

¹⁰¹⁶ Anwar SULTAN, *Les contrats nommés*, Dar Al Nahda Al Arabya, 1970, n° 80, p.104 ; Abd El Razaq Al SANHOURI, Al Waseet, *Les contrats translatifs de propriété, le contrat de vente, le contrat d'échange*, Dar Al Nahda AL Arabya, 2010, p.60.

partie en priorité un bien si elle se décide à le vendre¹⁰¹⁷. Il est facile de noter dans cette définition dans quelle mesure les auteurs égyptiens ont été influencés par leurs homologues français qui définissaient le pacte de préférence comme « *la convention relative à un bien déterminé, qui confère à l'une des parties un droit de préférence, c'est-à-dire le droit en cas de mise en vente du bien, de se porter acquéreur de celui-ci à prix égale et conditions identiques* »¹⁰¹⁸. Néanmoins, la doctrine égyptienne moderne a adopté la notion la plus large en droit français du pacte de préférence¹⁰¹⁹, c'est-à-dire que le pacte de préférence peut s'agir d'un contrat préparatoire pour tout contrat¹⁰²⁰. À cet égard, l'un des auteurs a défini le pacte de préférence comme un accord en vertu duquel l'une des parties (le promettant) s'engage à préférer l'autre partie (le bénéficiaire) à tous les autres intéressés par le contrat, si (le promettant) déciderait à conclure un contrat déterminé à l'avenir¹⁰²¹. Donc, l'essence de ce pacte de préférence est le droit de préférence au bénéficiaire contre d'autres qui souhaitent contracter¹⁰²².

368. On peut conclure à travers ces définitions que le pacte de préférence à son début était toujours lié au contrat de vente, mais avec le développement et la complexité des relations économiques et commerciales entre les négociateurs, il est devenu très fréquent que le pacte de préférence devienne un contrat préparatoire à tout contrat. Par conséquent il était nécessaire que le législateur définisse ce pacte de préférence.

¹⁰¹⁷ Mohamed Kamel MORSI, Mohamed Ali SKIKAR, Motaz Kamel MORSI, *Les contrats nommés, le contrat de vente, le contrat d'échange*, tome 6, Monshatt EL Mareffe, Alexandrie, 2005, p.71.

¹⁰¹⁸ Jean-Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL, Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat*, op.cit., p.290 ; Michel DAGOT, *Le pacte de préférence*, Paris, Litec, 1988, p.1.

¹⁰¹⁹ Abdelaziz HAMOOD, *Les aspects juridiques de la phase de négociation*, op.cit., p.37.

¹⁰²⁰ Hugues KENFACK, Solène RINGLER, *Droit des contrats spéciaux*, op.cit., p.22 ; Nabil Ibrahim SAAD, *Les contrats nommés, le contrat de vente*, op.cit., p.99.

¹⁰²¹ Mohamed Hassan KASSEM, *Les effets du pacte de préférence promesse entre les deux phases de l'attente et la prise de décision. Étude comparée doctrinale et juridique à la lumière des développements judiciaires et de la législation moderne*, Revue de la faculté de droit de l'université d'Alexandrie, tome 2, 2008, p.7.

¹⁰²² Saïd JABR, *Le pacte de préférence*, Dar Al Nahda Al Arabya, le Caire, 1993, p.24.

§2 : La définition du pacte après la réforme

369. Pour la première fois et d'une manière complètement révolutionnaire, l'ordonnance du 10 février 2016 a créé dans le Code civil français une sous-section relative aux contrats préparatoires (le pacte de préférence et la promesse unilatérale de contrat)¹⁰²³. Grâce à cette réforme, on peut noter la transformation progressive du pacte de préférence : de contrat innommé, dont la nature juridique et le régime ont donné lieu à de vives discussions doctrinales et jurisprudentielles, on passe à un contrat préparatoire, autonome, avec une définition précise, un régime juridique et des effets bien déterminés. De ce fait, le pacte de préférence est parmi l'une des nouvelles institutions apportées par la réforme du Code civil de 2016. En effet, l'article 1123 de l'ordonnance définit désormais le pacte de préférence comme « *le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle se déciderait de contracter* ». Il est assez facile de noter dans ce nouvel article les échos des précédentes propositions de projets français comme l'avant-projet Catala qui a défini le pacte de préférence à l'article 1106 alinéa 1 qui dispose que « *le pacte de préférence pour un contrat futur est la convention par laquelle celui qui reste libre de le conclure, s'engage, pour le cas où il s'y déciderait, à offrir par priorité au bénéficiaire du pacte de traiter avec lui* ». Ainsi, le projet Terré opte pour le pacte de préférence dans son article 30 et qui prévoit que « *le contrat par lequel une partie s'engage auprès d'une autre, bénéficiaire, à lui proposer en priorité un contrat le jour où, libre de conclure, elle s'y déciderait* ». De la même manière, le projet d'ordonnance de la Chancellerie de mars 2015 à l'article 1125 prévoit que « *le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle se déciderait de contracter* ».

370. Après que le législateur français a défini le pacte de préférence dans son Code civil, les auteurs français adoptent également cette définition du pacte

¹⁰²³ Virginie LARRIBAU-TERNEYRE (dir.), Sébastien PELLÉ (dir.), *Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, Acte du colloque du 20 mai 2016, Presses universitaires de Pau et des Pays de l'Adour, P.U.P.P.A., Le droit en mouvement, 2016, p.64.

de préférence dans leurs travaux¹⁰²⁴. Selon eux, le pacte de préférence fait maintenant partie de la catégorie des contrats préparatoires parce que, l'objet de ce pacte est de préparer la conclusion du contrat définitif¹⁰²⁵. Ainsi, pour la majorité de ces auteurs, l'analyse de cette définition conduit à dire que le promettant s'engage à adresser par priorité une offre au bénéficiaire de conclure le contrat définitif, uniquement dans le cas où il se déciderait à conclure le contrat proposé¹⁰²⁶. En d'autres termes le promettant « *ne s'engage pas à conclure le contrat projeté ; il s'engage seulement à proposer la conclusion de ce contrat au bénéficiaire dans le cas où il déciderait finalement de conclure ce contrat* »¹⁰²⁷. Dès lors, le promettant et le bénéficiaire ne donnent pas leur consentement définitif, « *pas plus le promettant qui peut ne jamais se décider à contracter, que le bénéficiaire, qui est toujours libre de refuser* »¹⁰²⁸. De plus, cette définition a adopté les solutions jurisprudentielles¹⁰²⁹ relatives aux prix à une durée et elle n'exige ni la détermination d'un prix, ni celle de la durée du pacte de préférence¹⁰³⁰. En pratique, le pacte de préférence est tantôt combiné avec un autre contrat, par exemple, il est parfois stipulé dans un bail au profit du

¹⁰²⁴ Hugues KENFACK, Solène RINGLER, *Droit des contrats spéciaux*, op.cit., p. 33 ; Yvaine BUFFELAN-LANORE, Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, op.cit., p.347 ; Dimitri HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, 3^e éd, Bruylant, 2017-2018, p.144 ; Christophe LACHIEZE, *Droit des contrats*, op.cit., p.62 ; Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, op.cit., p.274.

¹⁰²⁵ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, p.8 « *le Code civil ne comporte que très peu d'articles consacrés aux contrats préparatoires, pourtant très fréquents en pratique. Pour mettre fin aux inconvénients résultant des fluctuations jurisprudentielles sur certaines questions majeures, comme les conséquences de la révocation d'une promesse, sont introduites des dispositions codifiées sur les pactes de préférence et les promesses unilatérales* ».

¹⁰²⁶ Thibault DOUVILLE (dir.) Collectif, *La réforme du droit des contrats. Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op.cit., p.66.

¹⁰²⁷ Christophe LACHIEZE, *Droit des contrats*, op.cit., p.63.

¹⁰²⁸ Bertrand FAGES, *Droit des obligations*, op.cit., p.68.

¹⁰²⁹ Cass. 3^e ch. civ., 15 janvier 2003, n° 01-03.700.

¹⁰³⁰ Corinne RENAULT-BRAHINSKY, *Le nouveau droit des contrats, La réforme des contrats, du régime général et de la preuve des obligations en 22 fiches expliquées*, Gualino, 2016, p.15.

locataire¹⁰³¹, il peut aussi intervenir dans un contrat de vente, donation, ou bien un apport à société de famille. Il est fréquent aussi que le pacte de préférence soit autonome ; il sera le contrat préparatoire d'un autre contrat qui sera conclu entre le promettant et le bénéficiaire (les négociateurs)¹⁰³². Enfin, il est préférable que le législateur égyptien consacre dans son Code civil une telle définition claire et précise. Ainsi, cette définition est une reconnaissance explicite par le législateur que le pacte de préférence est un contrat préparatoire. Après avoir étudié la définition du pacte de préférence à la fois en droit français et en droit égyptien, il semble opportun de savoir comment on peut justifier l'originalité de ce pacte.

Sous-section 2 : L'originalité du pacte de préférence

371. Vu les multiples façons d'appréhender le pacte de préférence, des confusions sont apparues en doctrine et en jurisprudence en ce qui concerne la nature du pacte de préférence. Ceci a conduit à la confusion entre le pacte et certaines notions similaires. Il semble nécessaire de résoudre cette confusion. Il faut donc examiner en premier lieu la nature du pacte de préférence (§1). Puis, le distinguer des systèmes qui lui ressemblent, la confusion entre le pacte de préférence et d'autres notions juridiques similaires (§2).

§1 : La nature du pacte de préférence

372. Tout d'abord, il est à noter que la nature du pacte de préférence et la nature de l'obligation générée ont toujours été une question de conflit doctrinal et jurisprudentiel. Donc, pour mieux cerner la problématique de la qualification du pacte de préférence, on procédera en premier lieu à l'examen de l'évolution de la nature du pacte de préférence (A). Puis, la détermination de la nature de ce pacte, qui nous aidera à cerner ses caractéristiques, par conséquent, il faut exposer en deuxième lieu, les caractéristiques du pacte de préférence (B).

¹⁰³¹ Cass. 3^e ch. civ., 21 décembre 1988, n° 87-14.943, inédit.

¹⁰³² Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Pierre-Yves GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, *op.cit.*, p.108.

A : L'évolution de la nature du pacte de préférence

373. La question fondamentale qui se pose ici est : quelle est la nature exacte du pacte de préférence et ses obligations qui lui sont relatives ? Il faut préciser que cette question a fait l'objet d'évolution au fil du temps. Selon l'ancienne jurisprudence française, le pacte de préférence, donne à son bénéficiaire un droit réel. Aussi, la tendance doctrinale classique estime que le droit de préférence est un droit conditionnel, parce que « *le droit de préférence existerait ainsi sous la condition suspensive que le promettant consente à contracter* »¹⁰³³. Mais, cette analyse est fermement critiquée par la jurisprudence¹⁰³⁴ et par la doctrine qui considèrent que la condition ne peut pas être l'objet du consentement du promettant car elle constitue un élément essentiel de la préférence contractuelle¹⁰³⁵. De plus, le consentement du promettant au contrat définitif est le fait générateur qui permet d'activer le mécanisme du pacte « *sans lequel le pacte perd toute sa raison d'être, ne peut être qualifié de condition* »¹⁰³⁶. Ce point de vue est fondé sur l'analyse de René Demogue qui a confirmé que « *tout événement futur et incertain n'est pas susceptible de jouer le rôle de condition* »¹⁰³⁷. René Demogue a refusé également de qualifier le droit de préférence comme une condition et il a considéré que le droit de préférence est un droit éventuel. Selon lui, « *il y aurait une zone intermédiaire entre le droit conditionnel qu'étudie le Code civil et la simple espérance, la simple expectative. Il y aurait des droits véritables d'une nature spéciale qui sont les droits éventuels* »¹⁰³⁸. Cependant, ce point de vue a été critiqué par certains auteurs, qui estiment

¹⁰³³ Suzanne LEQUETTE, *Réflexions sur la durée du pacte de préférence*, op.cit., p.491 ; Rajab Karim Abd ALLAH, *La négociation d'un contrat*, op.cit., p.365.

¹⁰³⁴ Cass. 1^{re} ch. civ., 20 février 1962, Bull. n° 116 ; Cass. 3^e ch. civ., 13 mars 1979, n° 77-15.031, Bulletin des arrêts Cour de cassation chambre civile 3 n° 63 ; Cass. 3^e ch. civ., 16 mars 1994, n° 91-19.797, Bull. III, n° 58 ; Cass. 3^e ch. civ., 15 janvier 2003, n° 01-03.700, Bull. III n° 9, p.9.

¹⁰³⁵ Mathias LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, op.cit., p.41 ; Nabil Ibrahim SAAD, *Les contrats nommés, le contrat de vente*, op.cit., p.99.

¹⁰³⁶ Suzanne LEQUETTE, *Réflexions sur la durée du pacte de préférence*, op.cit., p.491.

¹⁰³⁷ René DEMOGUE, *Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance*, RTD. Civ, 1905, p.725, cité par Suzanne LEQUETTE, *Réflexions sur la durée du pacte de préférence*, op.cit., p.491.

¹⁰³⁸ Suzanne LEQUETTE, *Réflexions sur la durée du pacte de préférence*, op.cit., p.491.

que le droit de préférence ne saurait quant à lui être qualifié de droit éventuel car le droit de préférence emporte des conséquences juridiques obligatoires dès la conclusion du pacte à l'inverse du cas du droit éventuel. Ainsi, le droit éventuel est une notion théorique floue qu'il est difficile de lui attacher des règles claires et précises¹⁰³⁹.

374. La tendance doctrinale et juridique moderne en France¹⁰⁴⁰ et en Égypte¹⁰⁴¹ croient actuellement que le pacte de préférence donnerait naissance à un droit personnel, un droit de créance personnelle : celle-ci fait naître au profit du bénéficiaire un droit d'option certain qui, s'il est exercé par le bénéficiaire, donne par ricochet naissance au contrat proposé¹⁰⁴². À cet égard, la Cour de cassation a déclaré explicitement dans l'un de ses arrêts que « *le pacte de préférence constitue une créance de nature personnelle* »¹⁰⁴³. Dans le même sens, la Cour de cassation décide que « *le droit du bénéficiaire est un simple droit de créance contre le promettant, non un droit réel sur le bien, il s'agit plutôt que d'un droit potestatif* »¹⁰⁴⁴. Après avoir confirmé que le droit de préférence est un droit personnel, la question qui se pose est : est-ce que ce droit personnel fait peser sur son débiteur une obligation de faire ou de ne pas faire ? Il semble que ce droit de préférence personnel soit de nature double, positive et négative. En ce qui concerne la nature positive, il est vrai que le pacte n'oblige pas le promettant à conclure le contrat projeté, mais il engage au promettant de faire en priorité une offre à son bénéficiaire, pour le favoriser sur les autres parties s'il décide de

¹⁰³⁹ Ibrahim NAJJAR, *L'éventuel*, Recueil Dalloz, n° 12, 2012, p.758.

¹⁰⁴⁰ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Pierre-Yves GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, *op.cit.*, p.108 ; Michel DAGOT, *Le pacte de préférence*, *op.cit.*, p.110 ; Suzanne LEQUETTE, *Réflexions sur la durée du pacte de préférence*, *op.cit.*, p.491.

¹⁰⁴¹ Samir TANAGHO, *Le contrat de vente*, Maktabat Al-Wafa Al-Kanoniya, Alexandrie, 2009, p.50 ; Mohamed Hassan KASSEM, *Le droit civil, les obligations, le contrat*, *op.cit.*, p.193.

¹⁰⁴² Cass. 3^e ch. civ., 24 mars 2016, n° 15-14.004, inédit.

¹⁰⁴³ Cass. 3^e ch. civ., 24 mars 1999, n° 96-16.040, Bull.1999, III n°80 p.55; RTD civ.1999.616, obs. Jacques MESTRE.

¹⁰⁴⁴ Cass.1^{re} ch. civ., 16 juillet 1985, n° 84-13.745, Bull.1985, I, n° 224, p. 201 ; Cass. 3^e ch. civ., 30 avril 1997, n° 95-17.598, Bull. III n° 96 p.63; Cass. 3^e ch. civ., 15 janvier 2003, n° 01-03.700, Bull. III, n° 9, p.9.

conclure le contrat définitif ¹⁰⁴⁵. Cela signifie que le droit de préférence a donné le droit de priorité à travers l'offre du promettant à son bénéficiaire. Le pacte de préférence emporte également à la charge de son promettant une obligation de ne pas faire (la nature négative). Cela signifie que le promettant ne peut pas contracter avec un tiers avant d'avoir proposé au bénéficiaire du pacte la conclusion du contrat projeté ou de faire « *obstacle au jeu de la préférence contractuelle* » ¹⁰⁴⁶ pour son bénéficiaire. Donc, l'élément le plus important qui conduit à l'originalité de ce droit de préférence est sa double nature. Après avoir vu que le pacte de préférence « *engendre un droit de préférence, droit de créance, dont la mise en œuvre emporte la formation d'un droit d'option* » ¹⁰⁴⁷, d'où cette idée que le pacte de préférence est l'un des contrats préparatoires, selon l'avis de la majorité des auteurs français et égyptiens. La question qui se pose maintenant est : quelles sont ses caractéristiques ?

B : Les caractéristiques du pacte de préférence

375. Afin de déterminer les caractéristiques du pacte de préférence, il faut d'abord répondre à certaines questions : Le pacte de préférence est-il un contrat nommé ou innommé ? Est-il un contrat unilatéral ou synallagmatique ? Le pacte de préférence est un contrat à titre onéreux ou à titre gratuit ?

376. Contrat nommé ou innommé ? Le pacte de préférence est un contrat nommé en droit français selon l'article 1123 du Code civil. En revanche, il représente un contrat innommé en droit égyptien ¹⁰⁴⁸, parce qu'aucun texte ne le régit dans le Code civil. Peu importe si le pacte de préférence était un contrat nommé ou innommé, il représente une restriction à la liberté contractuelle, car selon les règles générales chaque personne est libre de contracter ou pas, et également libre de choisir son contractant. Mais dans le cadre du pacte de préférence le promettant lui-même, et par sa propre volonté, restreint sa liberté

¹⁰⁴⁵ Thomas PIZZON, *Retour sur la violation des pactes de préférence*, RTD civ, 2009, p.433.

¹⁰⁴⁶ Suzanne LEQUETTE, *Réflexions sur la durée du pacte de préférence*, RTD civ, 2013, p.491.

¹⁰⁴⁷ *Ibid.*, p.491.

¹⁰⁴⁸ Nabil Ibrahim SAAD, *Les contrats nommés, le contrat de vente, op.cit.*, p.99 ; Mohamed Hassan KASSEM, *Le droit civil, les obligations, le contrat, op.cit.*, p.196.

contractuelle pour le choix de l'autre partie¹⁰⁴⁹. Dans ce sens, la Cour de cassation a jugé que l'effet du pacte « *est seulement de limiter l'auteur du pacte dans son choix d'un acquéreur s'il décidait de vendre le bien* »¹⁰⁵⁰. La question qui se pose ici : est-ce que ce contrat (le pacte de préférence) peut-il être un acte unilatéral ou un acte collectif ? Pour la première partie de la question, la doctrine française et égyptienne considère qu'il est possible dans de rares cas d'avoir le pacte de préférence sous la forme d'un acte unilatéral par exemple l'hypothèse du testament¹⁰⁵¹. En ce qui concerne la deuxième partie de la question, la doctrine française et égyptienne¹⁰⁵² accepte également que le pacte de préférence soit incorporé à un acte collectif plus vaste, comme le cas « *du pacte de préférence sera inséré dans les statuts d'une société* »¹⁰⁵³, qui stipule que si l'un des partenaires souhaite renoncer à sa part dans la société, une telle renonciation est faite en faveur de ses partenaires avec priorité sur les autres.

377. Contrat unilatéral ou synallagmatique ? Le Code civil français définit le contrat synallagmatique et unilatéral à son article 1106 qui dispose que « *le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres. Il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres sans qu'il y ait d'engagement réciproque de celles-ci* ». À l'inverse, il n'y a pas de texte similaire dans le Code civil égyptien. En principe en droit français et égyptien, le pacte de préférence est un contrat unilatéral parce qu'il crée des obligations à la charge du promettant qui a donné la préférence au bénéficiaire du pacte. En revanche, ce dernier ne contracte aucune obligation en contrepartie. Dans ce sens, la Cour d'appel de Paris a jugé que « *le pacte de préférence est un engagement personnel qui n'oblige que son auteur* »¹⁰⁵⁴. Cependant, ce principe a quelques exceptions où

¹⁰⁴⁹ Laurent LEVENEUR, *Pacte de préférence ; Liberté ou contrainte*, Droit et patrimoine, janvier 2006, n° 144, p. 80.

¹⁰⁵⁰ Cass. 3^e ch. civ., 16 mars 1994, n° 91-19.797. Bull. civ. III, n° 58.

¹⁰⁵¹ Michel DAGOT, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.24 ; Saïd JABR, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.17.

¹⁰⁵² Nabil Ibrahim SAAD, *Les contrats nommés, le contrat de vente*, op.cit., p.99.

¹⁰⁵³ Michel DAGOT, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.24.

¹⁰⁵⁴ CA Paris, 1^{re} ch., 18 novembre 2016, n° 15-06831.

l'on trouve le pacte de préférence comme un contrat synallagmatique. La première de ces exceptions est l'hypothèse dans laquelle les parties s'accordent sur le prix en contrepartie de l'octroi du droit de préférence. Dans ce cas, sans aucun doute, le pacte sera un contrat synallagmatique où le promettant est engagé à la préférence et le bénéficiaire s'engage à payer le montant convenu¹⁰⁵⁵. La deuxième exception est l'hypothèse d'un partage institué au profit de chacune des parties à propos des biens dont chacune est propriétaire. Dans une hypothèse de ce genre le pacte de préférence a un caractère réciproque et donc il est synallagmatique. La dernière de ces exceptions, si le pacte de préférence est juste une clause particulière incluse dans un contrat principal synallagmatique, dans ce cas le caractère synallagmatique de ce pacte peut difficilement être mis en doute, car ce pacte « *participe de la nature du contrat principale* »¹⁰⁵⁶.

378. Contrat à titre onéreux ou à titre gratuit ? Le Code civil français définit le contrat à titre onéreux et à titre gratuit à son article 1107 qui prévoit que « *le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure. Il est à titre gratuit lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie* ». Au contraire, il n'y a pas d'article similaire dans le Code civil égyptien. En principe, le pacte de préférence est un contrat à titre gratuit en droit français et égyptien¹⁰⁵⁷, il y a cependant deux hypothèses qui représentent des exceptions à ce principe. La première hypothèse est lorsque le pacte de préférence est incorporé à un contrat plus vaste. Le principe dans un tel cas est que le caractère du pacte de préférence participe à la nature du contrat plus vaste à laquelle il est incorporé. C'est-à-dire que, si le pacte de préférence est intégré dans un contrat à titre onéreux, le pacte sera aussi à caractère onéreux. Si le pacte de préférence est intégré dans un contrat à titre gratuit, le pacte sera dans ce cas à caractère gratuit, sans aucun doute. Par exemple, lorsque le pacte de préférence est inclus dans un contrat de bail commercial, le pacte dans ce contrat sera de

¹⁰⁵⁵ Saïd JABR, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.19.

¹⁰⁵⁶ Michel DAGOT, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.75.

¹⁰⁵⁷ Saïd JABR, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.17 ; Michel DAGOT, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.72

nature onéreuse ; parce qu'il constitue une clause particulière d'un contrat plus vaste à titre onéreux. La deuxième hypothèse est lorsque le pacte de préférence est autonome et il n'est pas intégré dans un autre contrat plus vaste. On peut analyser la nature du pacte dans ce cas par l'interprétation du contenu de l'accord des parties, si les parties ont convenu d'un prix déterminé en contrepartie de l'octroi du droit de préférence, donc le pacte dans ce cas sera à titre onéreux, parce que le bénéficiaire achète le droit de préférence¹⁰⁵⁸. Si les parties ne sont pas d'accord sur le prix en échange du droit de préférence, le pacte sera de nature gratuite¹⁰⁵⁹. Ce dernier cas est le plus fréquent dans la pratique. En conclusion, en principe le pacte de préférence est un contrat nommé (innommé en droit égyptien), un contrat unilatéral et un contrat à titre gratuit.

§2 : La confusion entre le pacte de préférence et d'autres notions juridiques similaires

379. La nature du pacte de préférence et ses caractéristiques ont conduit à la confusion entre ce dernier et d'autres notions juridiques similaires comme le droit de préemption et la promesse unilatérale de vente. Aussi, la similitude des mécanismes de ces notions avec le pacte a constitué un autre élément de confusion. Donc, pour identifier les raisons de cette confusion et comprendre ce qui distingue le pacte de préférence des autres notions, il est intéressant, d'exposer la différence entre le pacte de préférence et le droit de préemption (A). Avant de s'intéresser à la différence entre le pacte de préférence et la promesse unilatérale de vente (B).

A : La différence entre le pacte de préférence et le droit de préemption

380. Tout d'abord, selon Cornu le droit de préférence d'une manière générale est « *tout avantage de priorité, d'antériorité qui permet au titulaire d'un droit plus fort d'exclure un concurrent* »¹⁰⁶⁰, alors que, le droit de préemption est « *la faculté conférée par la loi ou par la convention à une personne (bénéficiaire d'une option) d'acquérir de préférence à toute autre, un bien que son propriétaire*

¹⁰⁵⁸ Michel DAGOT, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.74.

¹⁰⁵⁹ Cass.1^{re} ch. civ., 23 mai 1973, n° 72-10.186.

¹⁰⁶⁰ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, op.cit., p.789.

se propose de céder »¹⁰⁶¹. À la lumière de ces deux définitions précédentes, on peut conclure que le mécanisme du droit de préférence sert de guide pour la détermination du mécanisme de la préemption¹⁰⁶². Ensuite, du point de vue juridique le pacte de préférence présente des similitudes avec le mécanisme de préemption, où les deux mécanismes reposent sur un fondement similaire, le pacte de préférence est un contrat de réservation qui garantit la priorité contractuelle de la future partie. Le droit de préemption est quant à lui une priorité légale qui permet à quelqu'un de contracter un contrat¹⁰⁶³. En conséquence, les deux droits sont très proches l'un de l'autre, puisque le deux confèrent à son bénéficiaire le droit de se porter acquéreur aux mêmes conditions. Cela a conduit certains auteurs français et égyptiens à assimiler le droit résultant du pacte de préférence au droit de préemption. Ainsi, selon la doctrine classique¹⁰⁶⁴ il est possible d'analyser le pacte de préférence comme un droit de préemption de nature conventionnelle, mais sans la force du droit de préemption légale, sous la forme d'un pacte de préemption¹⁰⁶⁵. Cette similitude linguistique et juridique entre les deux termes conduit à une confusion entre eux. En pratique, cette confusion est pourtant fréquente et les deux termes sont souvent employés indifféremment, qui peut induire en erreur les contractants, ce qui affecte négativement leurs attentes.

381. En dépit de cette similitude, la doctrine française et égyptienne fait une distinction aujourd'hui entre les deux droits en existence de plusieurs différences¹⁰⁶⁶. La plus importante étant l'origine de ces droits, le pacte de préférence est d'origine contractuelle ou conventionnelle, alors que le droit de

¹⁰⁶¹ *Ibid.*, p.788.

¹⁰⁶² Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, *op.cit.*, p.397.

¹⁰⁶³ Daniel MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 10^e éd, Dalloz, 2016, p.88.

¹⁰⁶⁴ Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, LGDJ, 1979, p.12, cité par Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, *op.cit.*, p.397.

¹⁰⁶⁵ Daniel MAINGUY, *Contrats spéciaux*, *op.cit.*, p.89.

¹⁰⁶⁶ Rajab Karim Abd ALLAH, *La négociation d'un contrat*, *op.cit.*, p.365.

préemption est d'origine légale, institué par la loi¹⁰⁶⁷. Dans le même contexte, la Cour d'appel de Paris a décidé dans un arrêt récent que le pacte de préférence a un droit de préférence d'origine contractuelle¹⁰⁶⁸. En outre, parmi ces différences, il y en a une liée au fait que certains bénéficiaires de droit de préemption légale sont en droit de faire diminuer le prix. En revanche, « *il est certain qu'en matière de droit de préférence une telle prérogative ne se rencontre que très rarement* »¹⁰⁶⁹. De plus, la condition suspensive de renonciation par tout bénéficiaire « *d'un droit de préemption à l'exercice de ce droit ne vaut pas à l'égard d'un droit de préférence* »¹⁰⁷⁰. Enfin, le droit de préemption est un droit toujours lié aux biens immobiliers. À l'inverse, le droit de préférence peut être lié aux biens immobiliers, aux meubles ou autres¹⁰⁷¹. En conclusion, malgré la similitude et la proximité entre le pacte de préférence et le droit de préemption, la doctrine moderne était capable de les différencier. Le pacte de préférence ne se confond pas seulement avec le droit de préemption, mais s'entrelace de façon plus complexe avec la promesse de vente.

B : La différence entre le pacte de préférence et la promesse unilatérale de vente

382. La doctrine et la jurisprudence traditionnelle française et égyptienne analysent le pacte de préférence comme une promesse unilatérale de vente conditionnelle, ou comme « *une promesse unilatérale et conditionnelle de contrat*

¹⁰⁶⁷ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, op.cit., p.397.

¹⁰⁶⁸ CA Paris, pôle 5, 3^e ch. 7 octobre 2016, n° 14/23965 ; Nicolas DISSAUX, *Droit de préférence vs droit de la concurrence : fin de partie ?* AJ Contrat 2016, p.536.

¹⁰⁶⁹ Frédéric ROUVIÈRE, *Le pacte de préférence rapproché des droits de préemption*, Defrénois, Lextenso, 2012, pp.633-639.

¹⁰⁷⁰ Pascal PUIG, *Contrats spéciaux*, 7^e éd, Dalloz, 2017, p.153 ; Cass. 3^e ch. civ., 25 septembre 2012, n° 11-24. 235.

¹⁰⁷¹ Voir le droit de préemption dans le Code civil français à l'article 815-14 qui prévoit que « *tout indivisaire peut, dans le délai d'un mois qui suit cette notification, faire connaître au cédant, par acte extrajudiciaire, qu'il exerce un droit de préemption aux prix et conditions qui lui ont été notifiés* », et à l'article 935 du Code civil égyptien qui dispose que « *la préemption est la faculté de se substituer, dans une vente immobilière, à l'acheteur dans les cas et aux conditions prévus aux articles suivants* ».

»¹⁰⁷², et comme « *une promesse unilatérale et conditionnelle de vente* »¹⁰⁷³. Malgré les différentes vocalisations utilisées pour analyser le pacte de préférence qui ont le même contenu, ce dernier dans tous les cas serait subordonné à la condition que le promettant décidera de vendre¹⁰⁷⁴. Pour Planiol, Ripert et Hamel, « *l'accord de préférence n'est rien d'autres qu'une promesse de vente sous condition* »¹⁰⁷⁵. Pour la majorité des auteurs égyptiens, le pacte de préférence est le troisième type de promesse de contrat qui comprend la promesse unilatérale, la promesse synallagmatique et le pacte de préférence, donc, le pacte ne diffère pas de la promesse¹⁰⁷⁶. Quant à la jurisprudence française, elle a analysé aussi le pacte de préférence comme une promesse de vente. Dans ce contexte, il a été jugé que le pacte de préférence « *constitue une promesse unilatérale de vente et en produit les effets* »¹⁰⁷⁷. La Cour de cassation de l'une de ses arrêts a également considéré le pacte de préférence comme « *une promesse unilatérale conditionnelle* »¹⁰⁷⁸.

383. La question qui se pose est pourquoi y a-t-il confusion entre le pacte de préférence et la promesse unilatérale de vente ? Il semble que la confusion entre les deux résulte de trois raisons, la première est que les deux sont des contrats unilatéraux conçus pour contractualiser les négociations, où seul le promettant s'engage tandis que son contractant est un bénéficiaire¹⁰⁷⁹. La seconde

¹⁰⁷² J. BARTET, *Le pacte de préférence*, Thèse, université de Paris, Faculté de droit, 1932, p.47 ; Voir aussi, Jean BRÉTILLARD, *Le pacte de préférence*, Thèse, université de Paris, Faculté de droit, 1922.

¹⁰⁷³ Cass. 3^e ch. civ., 13 mars 1979, n° 77-15.031.

¹⁰⁷⁴ Michel DAGOT, *Le pacte de préférence*, *op.cit.*, p.5.

¹⁰⁷⁵ Marcel PLANIOL, Georges RIPERT, avec le concours de Joseph HAMEL Bernard PERREAU, *Traité pratique de droit civil français. Contrats civils*, tome 10, première partie, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1932, n° 184, p.217, cité par Ahmed LASSOUED, *Les contrats préparatoires*, *op.cit.*, p.116.

¹⁰⁷⁶ Abd El Razaq Al SANHOURI, *Al Waseet, Les contrats translatifs de propriété, le contrat de vente, le contrat d'échange*, *op.cit.*, p.59 ; Mahmoud Jamal Al-Din ZAKI, *le contrat de vente*, publications de l'université du Koweït, 1975, p.114 ; Mahmoud Jamal Al-din ZAKI, *Les contrats nommés*, Dar Al ketab Al Araby, le Caire, 1960.

¹⁰⁷⁷ Cass. civ., 12 juin 1954, Bull. civ., I, n° 190, p.162.

¹⁰⁷⁸ Cass. 3^e ch. civ., 16 mars 1994, n° 91-19.797. Bull. civ. III, n° 58.

¹⁰⁷⁹ Nabil Ibrahim SAAD, *Les contrats nommés, le contrat de vente*, *op.cit.*, p.100.

raison est qu'en principe dans les deux contrats le droit du bénéficiaire est cessible et transmissible, sauf stipulation contraire même tacite¹⁰⁸⁰. La dernière raison, dans les deux contrats, la chose doit être déterminée ; sauf indication contraire¹⁰⁸¹. Malgré les similitudes entre ces deux contrats ces analyses classiques sont contestables¹⁰⁸².

384. La doctrine moderne en France et en Égypte¹⁰⁸³ rejette l'analyse traditionnelle qui considère le pacte de préférence comme une promesse unilatérale de vente. Selon cette tendance moderne, le pacte est un contrat complètement autonome, donc elle rejette tout rapprochement entre ce dernier et la promesse de vente et confirme l'existence de nombreuses différences entre eux. Aussi, la tendance moderne de la Cour de cassation a refusé d'analyser le pacte de préférence comme une promesse unilatérale de vente¹⁰⁸⁴. Dans le même contexte, la Cour d'appel de Paris a jugé dans un arrêt récent que « *le pacte de préférence, contrat sui generis qui ne comporte aucune obligation pour son bénéficiaire de l'accepter, n'est pas assujéti à cette obligation d'enregistrement pour être valide* »¹⁰⁸⁵. En l'espèce, l'acquéreur prétend qu'il faut analyser le pacte de préférence comme une promesse unilatérale de vente conditionnelle, donc il doit être soumis

¹⁰⁸⁰ Il convient de noter que la première chambre civile de la cour de cassation française, a rejeté ce principe en ce qui concerne le pacte de préférence en disant que « *si le pacte de préférence est en principe transmissible aux héritiers des parties, il en est différemment lorsque les circonstances révèlent une intention contraire, même tacite, des parties de ne conférer à cette obligation qu'un caractère strictement personnel* ». Voir, Cass.1^{re} ch. civ., 24 février 1987, n° 85-16.279.

¹⁰⁸¹ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Pierre-Yves GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux, op.cit.*, p.109 ; Voir aussi, Cass. 3^e ch. civ., 2 juillet 1974, n° 73-10.380.

¹⁰⁸² Jacques GHESTIN, Bernard DESHÉ, *Traité des Contrats, La Vente*, LGDJ, 2003, p.191.

¹⁰⁸³ Mohamed Hassan KASSEM, *Le droit civil, les obligations, le contrat, op.cit.*, p.193 ; Voir aussi, Hazem Abdel Karim HAMOUDAA, *Le cadre juridique de la phase précédente le contrat final*, Thèse, université de Mansourah, 2016 ; EL-Sayed Abdel Wahab ARAFA, *La promesse de contrat et le pacte de préférence*, Dar Al-Wafa Al-Kanoniya, Alexandrie, 2017.

¹⁰⁸⁴ Cass. 3^e ch. civ., 5 novembre 1974, n° 73-12.761, Bull. civ. III, n° 401; Cass. 1^{re} ch. civ., 2 juin 1981, n° 79-14.396, Bull. civ. I, n° 187 ; Cass. 1^{re} ch. civ., 30 avril 1985, n° 84-10.512, Bull. civ. I, n° 135.

¹⁰⁸⁵ CA Paris, 1^{re} ch., 18 novembre 2016, n°15/06831 ; Mathieu LE BESCOND DE COATPONT, *Précisions sur le régime du pacte de préférence*, AJ Contrat, 2017, p.129.

à enregistrement conformément à l'article 1589 alinéa 2 du Code civil¹⁰⁸⁶. Mais la Cour a confirmé que le pacte de préférence n'est pas soumis à enregistrement. C'est-à-dire qu'elle a déclaré de manière claire et non équivoque que le pacte de préférence ne peut pas être considéré comme une promesse unilatérale de vente conditionnelle, mais il est un contrat de nature spécial, car il n'est pas soumis aux règles d'enregistrement liées à la promesse.

385. Comment la doctrine moderne peut différencier le pacte de préférence de la promesse unilatérale de vente ? En règle générale, la promesse unilatérale de vente, comme son nom l'indique, est souvent précédée du processus de vente¹⁰⁸⁷, alors que le pacte de préférence pourrait précéder le contrat de vente et de nombreux autres contrats. En outre, la différence essentielle entre le pacte de préférence et la promesse unilatérale de vente est que le promettant d'un pacte de préférence n'est pas engagé à vendre, mais il s'engage uniquement à préférer le bénéficiaire s'il décide de vendre à l'avenir¹⁰⁸⁸. Le promettant ne donne donc pas son consentement à la vente que le jour où il va décider de vendre¹⁰⁸⁹. En d'autres termes, l'engagement du promettant lors de la conclusion du pacte ne porte pas sur son consentement au contrat définitif à l'égard du bénéficiaire, seule l'acceptation du bénéficiaire du pacte implique la conclusion du contrat¹⁰⁹⁰. Cela signifie que le promettant d'un pacte de préférence

¹⁰⁸⁶ « Est nulle et de nul effet toute promesse unilatérale de vente afférente à un immeuble, à un droit immobilier, à un fonds de commerce, à un droit à un bail portant sur tout ou partie d'un immeuble ou aux titres des sociétés visées aux articles 728 et 1655 ter du Code général des impôts, si elle n'est pas constatée par un acte authentique ou par un acte sous seing privé enregistré dans le délai de dix jours à compter de la date de son acceptation par le bénéficiaire. Il en est de même de toute cession portant sur lesdites promesses qui n'a pas fait l'objet d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé enregistré dans les dix jours de sa date ».

¹⁰⁸⁷ En pratique, rien n'empêche qu'une promesse unilatérale soit un contrat préparatoire pour un contrat autre que la vente.

¹⁰⁸⁸ Frédérique COHET-CORDEY, *Pacte de préférence : quelles obligations pour le promettant ?* AJDI, 2003, p.461.

¹⁰⁸⁹ Rajab Karim Abd ALLAH, *La négociation d'un contrat*, op.cit., p.365.

¹⁰⁹⁰ Cass. 3^e ch. civ., 22 septembre 2004, Defrénois 2004, p.1725, obs. LIBCHABER ; Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, op.cit., p.396.

reste donc libre de vendre ou pas et « *cette liberté est l'essence du pacte de préférence* »¹⁰⁹¹. Contrairement à la promesse unilatérale de vente, le promettant donne déjà son consentement à la vente. Cette différence est liée à une autre différence à le même niveau d'importance : la capacité de contracter¹⁰⁹². Pour la promesse unilatérale de vente, la capacité de vendre est exigée lors de la promesse, parce que cette dernière implique de la part du promettant un consentement à la vente¹⁰⁹³. Au contraire, la capacité de disposer n'est donc pas requise au moment de la conclusion du pacte de préférence, mais seulement lorsque son débiteur prend la décision de vendre¹⁰⁹⁴, parce que la conclusion d'un pacte de préférence ne constitue pas un acte de disposition¹⁰⁹⁵. Il n'y a pas en effet consentement à la vente, mais seulement à donner une préférence. La capacité, n'est donc exigée chez le promettant que lors de l'exercice de ce droit de préférence¹⁰⁹⁶.

386. La seconde de ces différences est la durée¹⁰⁹⁷ d'efficacité de chaque contrat. En pratique, la promesse unilatérale de vente est conclue pour une durée souvent déterminée, pour quelques mois par exemple. A l'inverse, le pacte de préférence est conclu souvent pour une durée indéterminée, soit plusieurs années, soit sans limite de durée¹⁰⁹⁸. D'ailleurs, ce n'est pas le bénéficiaire de la promesse unilatérale de vente qui détermine le moment de la réalisation de la vente, mais au contraire c'est le promettant du pacte qui choisit le moment de réalisation de la vente¹⁰⁹⁹. Dès lors, le pacte de préférence se différencie de la promesse de vente,

¹⁰⁹¹ Pascal PUIG, *Contrats spéciaux*, *op.cit.*, p.151.

¹⁰⁹² V. *infra* n° 396 et s.

¹⁰⁹³ Michel DAGOT, *Le pacte de préférence*, *op.cit.*, p.8.

¹⁰⁹⁴ Nabil Ibrahim SAAD, *Les contrats nommés, le contrat de vente*, *op.cit.*, p.100.

¹⁰⁹⁵ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Pierre-Yves GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, *op.cit.*, p.110.

¹⁰⁹⁶ Nabil Ibrahim SAAD, *Les contrats nommés, le contrat de vente*, *op.cit.*, p.101.

¹⁰⁹⁷ V. *infra* n° 407 et s.

¹⁰⁹⁸ Hugues KENFACK, Solène RINGLER, *Droit des contrats spéciaux*, *op.cit.*, p.37 ; Nathalie BLANC, *Le pacte de préférence et le temps*, mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet, Dalloz, 2012, p.55 ; Voir en ce sens, Cass. Com., 6 novembre 2007, n° 07-1620.

¹⁰⁹⁹ Abd El Moneim EL BADRAOUI, *Le contrat de vente*, Dar Al Nahda AL Arabya, 1965, n° 103.

en droit et dans la pratique¹¹⁰⁰. Enfin, si le pacte de préférence contient un délai exprès de validité, l'écoulement du délai emporte caducité du pacte de préférence car le promettant ne s'est pas obligé à conclure le contrat mais uniquement à accorder une priorité au bénéficiaire s'il se décidait à vendre. Ainsi, « *le mutisme du promettant tout au long de la durée de la préférence ne constitue pas une violation d'un engagement, mais au contraire l'exercice de la liberté de ne pas vendre que celui-ci lui accorde* »¹¹⁰¹.

387. L'une des différences les plus importantes est la détermination du prix¹¹⁰². En matière de promesse unilatérale de vente il faut appliquer les principes généraux du contrat de vente, il faut donc que le prix soit déterminé ou déterminable¹¹⁰³. Au contraire, en matière du pacte de préférence, il n'est pas nécessaire que le prix soit déterminé ni déterminable¹¹⁰⁴, parce que le débiteur de préférence n'est aucunement tenu de vendre¹¹⁰⁵. Ainsi, le pacte de préférence évite le problème posé par le défaut de conformité entre lui et le contrat définitif, car ce pacte ne définit que peu d'éléments du contrat projeté et la plupart de ces éléments comme le prix sera défini ultérieurement en fonction de l'offre formulée par le bénéficiaire du pacte¹¹⁰⁶. Par exception, il n'est pas rare que dans la pratique « *le pacte de préférence détermine dès sa conclusion le prix auquel le bien devra être proposé au bénéficiaire si celui-ci se décide à le vendre* »¹¹⁰⁷. Mais, le problème dans une telle situation (prédétermination du prix) est que le promettant

¹¹⁰⁰ Michel DAGOT, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.7.

¹¹⁰¹ Rana CHAABAN, *La caducité des actes juridiques, étude de droit civil*, Thèse, Paris, LGDJ, 2006, p.240.

¹¹⁰² Jacques MESTRE, *Le pacte de préférence à l'épreuve du temps*, RTD civ, 2003, p.497; Nabil Ibrahim SAAD, *Les contrats nommés, le contrat de vente*, op.cit., p.102.

¹¹⁰³ V. *infra* n° 405 et s.

¹¹⁰⁴ Jacques MESTRE, Bertrand FAGES, *Deux éléments de souplesse au bénéfice du pacte de préférence*, RTD civ, 2002, p.88 ; Cass. 1^{re} ch. civ., 6 juin 2001, n° 98-20.673, Bull. civ. I, n° 166, p.108.

¹¹⁰⁵ Mohamed Hassan KASSEM, *Le droit civil, les obligations, le contrat*, op.cit., p.195.

¹¹⁰⁶ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, op.cit., p.398.

¹¹⁰⁷ Cass. 3^e ch. civ., 23 septembre, 2009, n°08-18187.

va perdre sa liberté de fixer le prix le jour où il décide de le vendre. Enfin, contrairement à la promesse unilatérale, le pacte de préférence échappe à la formalité de l'enregistrement prescrit à peine de nullité par l'article 1589 alinéa 2 du Code civil français pour la promesse unilatérale de vente portant sur un immeuble, un droit immobilier, ou un fonds de commerce¹¹⁰⁸.

388. En conclusion, on constate que le pacte de préférence est un contrat préparatoire qui crée un droit de priorité, un droit de préférence personnel, il est un contrat préparatoire innomé qui devient nommé et précisément réglementé¹¹⁰⁹, il est doté de caractères propres selon l'article 1123 du Code civil français. Dans le cadre du pacte de préférence, il n'est pas exigé que les conditions du contrat définitif soient parfaitement déterminées à l'avance¹¹¹⁰, cela souligne la nature préparatoire de ce pacte. On peut donc affirmer que, selon la doctrine et la jurisprudence moderne ni le prix, ni le délai, et ni la capacité de contracter dès le pacte, ne sont des éléments de validité du pacte de préférence. Cela conduit aux questions suivantes : quelles sont les conditions de ce pacte ? quels sont ses effets et la sanction de sa violation ?

Section 2 : Le régime du pacte de préférence

389. Lorsqu'on étudie le régime du pacte de préférence, il faut d'abord traiter certaines questions très importantes : Comment ce pacte de préférence peut-il être conclu ? Quelles sont les conditions de sa validité qui doivent être respectées ? Parce que, s'il remplit ces conditions, il sera capable de produire ses effets. Quels sont ces effets et quelles sont les obligations de ses parties ? Cela nous conduit au problème fondamental dans lequel les parties au pacte n'ont pas respecté leurs obligations, c'est le cas de l'inexécution du pacte de préférence, qui soulève la question de la nature des sanctions qui peuvent être appliquées en cas de violation d'un pacte de préférence. Pour ce faire, il faut commencer par étudier

¹¹⁰⁸ Pascal PUIG, *Contrats spéciaux*, *op.cit.*, p.151.

¹¹⁰⁹ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Pierre-Yves GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, *op.cit.*, p.107.

¹¹¹⁰ Gaylor RABU, *Droit des obligations*, Ellipses, 2017, p.76.

la formation du pacte de préférence (Sous-section 1). Avant d'entrer plus en détail dans les sanctions de la violation du pacte de préférence (Sous-section 2).

Sous-section 1 : La formation du pacte de préférence

390. Le pacte de préférence comme tout acte juridique doit remplir certaines conditions de validité de fond et de forme¹¹¹¹. En droit français et égyptien, deux situations sont prises en compte pour l'analyse de la formation de ce pacte : soit le pacte de préférence est un contrat distinct, soit il est compris dans un contrat plus vaste. Dans le premier cas, lorsque le pacte de préférence est un contrat autonome de tout autre contrat, aucune règle de droit ne lui impose d'avoir une forme particulière. Dans le deuxième cas, si le pacte de préférence n'est qu'une étape dans un contrat plus large, il prend la forme de ce contrat et il doit respecter les mêmes conditions. Certes, si ce pacte respecte ces conditions, il produira de nombreux effets liés au promettant et au bénéficiaire. Ces effets sont différents s'ils sont avant la décision du contractant ou après, ce qui est considéré comme le moteur principal pour générer ces effets. Il faut désormais s'intéresser aux conditions de validité du pacte de préférence (1§). Puis, il convient d'étudier avec attention, les effets du pacte de préférence (§2).

§1 : Les conditions de validité du pacte de préférence

391. Le pacte de préférence en tant que contrat préparatoire est donc soumis aux conditions générales prévues à l'article 1128 du Code civil français (le consentement, la capacité, un contenu licite et certain), et selon les articles 89 à 137 du Code civil égyptien (le consentement, l'objet, la cause). Cependant, le pacte de préférence peut avoir l'originalité en ce qui concerne certaines conditions spécifiques telles que le prix et la durée. Il convient donc d'axer tout d'abord les conditions du pacte de préférence en droit commun les conditions de droit commun (A). Puis dans un second temps, il faut traiter les conditions spécifiques (B).

¹¹¹¹ Hugues KENFACK, *Validité du pacte de préférence*, Colloque Toulouse 1, 18 novembre 2005, Droit et Patrimoine janvier, 2006, p.43 et s.

A : Les conditions de droit commun

392. Ces conditions qu'il faut aborder sont au nombre de trois, comme cela est connu le consentement (1), la capacité (2), un contenu licite et certain (3).

1 : Le consentement

393. La première de ces conditions est le consentement ¹¹¹² . Conformément aux règles générales du droit français et égyptien, le pacte de préférence est conclu par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties (le promettant et le bénéficiaire) manifestent leur volonté de s'engager. Ce consentement soulève deux questions importantes : la première est la détermination des parties au pacte de préférence, la deuxième celle des vices du consentement.

394. En ce qui concerne la première question, sans aucun doute les parties au pacte de préférence sont le promettant et le bénéficiaire. Dans le pacte de préférence une partie (le promettant) s'engage à proposer prioritairement à une autre partie (le bénéficiaire) à conclure avec lui, si elle décide de contracter à l'avenir. En premier lieu, la première partie (le promettant) est celui qui joue le rôle le plus important dans le processus de préférence parce qu'il lance le feu vert pour donner la naissance du pacte de préférence. A propos du promettant, deux hypothèses peuvent être distinguées. La première hypothèse, si le pacte de préférence est un contrat préparatoire à un contrat définitif autre que le contrat de vente, dès lors le promettant doit être le titulaire du droit à conclure ce contrat. Par exemple, le promettant dans le contrat d'édition est l'auteur en tant que propriétaire du droit d'auteur ¹¹¹³ . Aussi, le promettant dans le contrat de professionnalisme sportif, c'est l'athlète lui-même, etc. ¹¹¹⁴ . La deuxième hypothèse, si le pacte de préférence est un contrat préparatoire à un contrat de vente. Dans ce cas, le promettant doit être « *le propriétaire actuel qui s'engage à donner la priorité en cas de vente, au bénéficiaire pour se rendre acquéreur de la*

¹¹¹² V. *supra* n° 321 et s.

¹¹¹³ Daniel MAINGUY, *Contrats spéciaux*, *op.cit.*, p.90.

¹¹¹⁴ Saïd JABR, *Le pacte de préférence*, *op.cit.*, p.58.

*propriété du bien objet*¹¹¹⁵ du contrat¹¹¹⁶ ». En pratique, le pacte de préférence en cas de vente soulève deux problèmes : le premier est le promettant qui se pense à tort propriétaire, le promettant est donc une personne sans aucun titre, c'est-à-dire qu'il n'est pas le titulaire du droit à transférer le droit de propriété. La solution dans un tel cas est que le promettant n'a pu transférer la propriété de quoi que ce soit, dès lors la sanction logique est la nullité¹¹¹⁷ comme le cas de la vente de la chose d'autrui¹¹¹⁸. Une exception à cette disposition, si le pacte aurait été conclu sous la condition suspensive que le promettant devienne ultérieurement titulaire du droit à transmettre¹¹¹⁹; la rétroactivité liée à la réalisation de la condition vient en effet sauver ce pacte de la nullité, parce que le promettant sera considéré comme un propriétaire rétroactivement. Le deuxième problème, quand le promettant est l'un des coïndivisaires (propriétaire indivis) et il a agi comme s'il était le seul propriétaire du bien. La solution selon la jurisprudence française est « *la nullité du pacte en ce qui concerne les quotes-parts indivises appartenant à ceux qui n'ont pas conclu le pacte de préférence* »¹¹²⁰. En deuxième lieu, la deuxième partie est le bénéficiaire, selon les règles générales du droit des contrats français et égyptien, chaque personne est en mesure de profiter d'un droit de préférence ; parce que ce bénéficiaire n'est soumis à aucune obligation face au promettant.

¹¹¹⁵ Michel DAGOT, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.81.

¹¹¹⁶ Souligné par nous.

¹¹¹⁷ Michel DAGOT, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.81 ; Saïd JABR, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.59.

¹¹¹⁸ L'article 1599 du Code civil français dispose que « *la vente de la chose d'autrui est nulle : elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui* ». Ainsi, dans le même sens l'article 466 -1 du Code civil égyptien prévoit que « *si une personne vend un corps certain qui ne lui appartient pas, l'acheteur pourra demander l'annulation de la vente. Il en sera ainsi même lorsque la vente a pour objet un immeuble, que l'acte ait été ou non transcrit* ».

¹¹¹⁹ Daniel MAINGUY, *Contrats spéciaux*, op.cit., p.91.

¹¹²⁰ Michel DAGOT, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.82 ; Saïd JABR, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.59.

395. La deuxième question porte sur les vices du consentement¹¹²¹. Il ne fait aucun doute maintenant que le pacte de préférence est un contrat préparatoire, il est ainsi nécessaire que les consentements du promettant et du bénéficiaire soient exempts de tout vice de consentement. Selon les règles générales, le pacte de préférence sera vicié quand il y a une contradiction entre la volonté exprimée et la volonté réelle par l'erreur, le dol, et la violence¹¹²². D'abord, l'erreur, comme un vice de consentement dans le pacte de préférence est soumis à la théorie générale des contrats. Cependant, l'erreur dans le cadre du pacte de préférence soulève la question de l'erreur sur la personne du bénéficiaire. De l'avis des certains auteurs, le pacte de préférence est conclu dans la plupart du temps sans considération de la personne du bénéficiaire, sauf précision contraire dans le pacte. L'erreur sur la personne du bénéficiaire, n'est donc pas prise en compte selon la majorité des auteurs en France¹¹²³ et en Égypte¹¹²⁴. Mais, selon certains auteurs égyptiens le pacte de préférence est conclu en considération de la personne du bénéficiaire. Selon eux, il doit distinguer deux hypothèses : la première, si le pacte de préférence est un contrat à titre gratuit, la personne du bénéficiaire aura de l'importance et sera prise en compte parce qu'il est déraisonnable de donner l'avantage préférentiel au bénéficiaire gratuitement sans égard aux considérations associées à la personne du bénéficiaire. Donc, l'erreur sur la personne du bénéficiaire est une cause de nullité, vu que le pacte de préférence à titre gratuit a été réalisé en fonction de cette personne. La deuxième hypothèse, si le pacte de préférence est un contrat à titre onéreux, l'erreur sur la personne du bénéficiaire, n'est pas prise en compte¹¹²⁵. Ensuite, la violence dans la portée du pacte de préférence, est vraiment rare, puisque le promettant ne

¹¹²¹ V. *supra* n° 322.

¹¹²² Ces vices du consentement mentionnés par le législateur français à l'article 1130 du Code civil français et par le législateur égyptien aux articles 120, 125 alinéa 1, 127 alinéa 1 du Code civil égyptien.

¹¹²³ Daniel MAINGUY, *Contrats spéciaux*, *op.cit.*, p.90.

¹¹²⁴ Abd El Moneim EL BADRAOUI, *Le contrat de vente*, *op.cit.*, p.158.

¹¹²⁵ Soliman MORCOS, *Al Wafî (L'explication détaillée) pour expliquer le droit civil, les contrats nommés, le contrat de vente*, 5^e éd, le Caire, Dar Al-kotob Al-Kanony, 1990, p.151 ; Anwar SULTAN, *Les contrats nommés*, *op.cit.*, n° 80 ; Abd El Razaq Al SANHOURI, Al Waseet, *Les contrats translatifs de propriété, le contrat de vente, le contrat d'échange*, *op.cit.*, p.91.

s'engage pas à vendre, mais il est seulement engagé à la promesse de préférence. Ainsi, il ne peut y avoir aucune violence à ce stade. Dans tous les cas, s'il y a violence comme une menace exercée à l'encontre du promettant, les règles générales s'appliquent sans aucun doute. Enfin, pour le dol il n'y a pas de différence dans ses dispositions trouvées dans le pacte de préférence, on peut se contenter de renvoyer aux règles générales des contrats en droit français et égyptien¹¹²⁶.

2 : La capacité

396. La capacité des parties (le promettant et le bénéficiaire) est une condition fondamentale dans le cadre du pacte de préférence comme tous les contrats préparatoires. C'est-à-dire que le promettant et son bénéficiaire doivent donc être capables de conclure leur pacte de préférence. De ce fait, il faut envisager successivement la capacité du promettant et celle du bénéficiaire du pacte de préférence.

397. En premier lieu, à propos de la capacité du promettant, de façon classique le promettant n'émet pas d'offre de contracter au moment de la conclusion du pacte de préférence. Dès lors, il n'est pas nécessaire d'avoir la capacité de conclure le contrat qui est l'objet de préférence¹¹²⁷. Par exemple, si le pacte de préférence est lié avec un contrat de vente, il n'est pas nécessaire au promettant d'avoir la capacité de vendre au moment de conclure le pacte¹¹²⁸, mais il doit être capable quand il décidera de vendre¹¹²⁹. Cela signifie que la capacité du promettant s'apprécie au jour de la vente et non pas au jour de l'octroi de préférence par le promettant.

398. Contrairement à l'analyse traditionnelle, certains auteurs en déduisent que le pacte de préférence implique une restriction sur la liberté du promettant lors du choix de l'autre partie contractante, et conduit ainsi à la

¹¹²⁶ Michel DAGOT, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.78 ; Saïd JABR, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.63.

¹¹²⁷ Dimitri HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, op.cit., p.153.

¹¹²⁸ C'est le cas de la promesse unilatérale de vente.

¹¹²⁹ Abd El Moneim EL BADRAOUI, *Le contrat de vente*, op.cit., p.158.

réalisation tardive de la vente du bien à d'autres afin de respecter le droit de préférence. Par conséquent, cette tendance croit que le degré de la capacité exigé pour le promettant varie selon la nature du pacte de préférence. Ainsi, elle établit une distinction entre deux hypothèses : la première lorsque le pacte de préférence a un caractère gratuit, dans cette hypothèse le promettant a donné à son bénéficiaire le droit de préférence sans contrepartie, comme dans le cas d'un contrat de services gratuits. Dans ce cas, le promettant n'abandonne pas sa propriété, mais il restreint sa liberté de choisir un acquéreur éventuel. Dans tel cas, on applique les règles de donations quant à la capacité du promettant donc le promettant doit avoir la capacité requise pour le donateur¹¹³⁰. La deuxième hypothèse est la plus difficile si le pacte de préférence a un caractère onéreux. Dans cette hypothèse, il faut différencier deux cas : le premier cas, si le pacte de préférence est l'accessoire d'un autre contrat principal, donc sans aucun doute la capacité du promettant va respecter et suivre le régime du contrat principal. Le deuxième cas se produit quand le pacte de préférence est conclu à titre autonome. Dans ce cas, le pacte de préférence est comme un acte d'aliénation partielle, donc le promettant doit avoir la capacité requise pour le propriétaire¹¹³¹.

399. En deuxième lieu, en ce qui concerne la capacité du bénéficiaire, si le pacte de préférence a un caractère gratuit, la conclusion du pacte de préférence n'implique pas la capacité d'acquérir, parce que selon les règles générales, le pacte de préférence dans ce cas n'impose au bénéficiaire aucune obligation. À l'inverse, si le pacte de préférence a un caractère onéreux, dans ce cas, le bénéficiaire doit avoir la capacité de contracter¹¹³². Dans tous les cas, la capacité du bénéficiaire du pacte de préférence est soumise aux règles générales de la capacité.

¹¹³⁰ Michel DAGOT, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.86 ; Saïd JABR, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.61.

¹¹³¹ Saïd JABR, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.61.

¹¹³² Hazem Abdel Karim HAMOUDAA, *Le cadre juridique de la phase précédente le contrat final*, op.cit., p.105 et s.

3 : *Le contenu licite et certain*

400. En premier lieu, le pacte de préférence doit avoir un contenu licite¹¹³³. C'est-à-dire que le pacte de préférence ne peut produire des prestations ou des obligations dont l'objet est contraire à la loi, l'ordre public comme tous les contrats, d'après le nouvel article 1162 du Code civil français et son homologue égyptien l'article 136 du Code civil. La condition de licéité à l'égard du pacte de préférence peut avoir un double sens. Le premier sens, selon la règle générale il s'agit seulement les biens et les choses qui sont dans le commerce juridique peuvent être contractés. Le deuxième sens est le sens le plus étroitement lié au pacte de préférence, où le promettant doit être le propriétaire de la chose qui promet de transférer sa propriété¹¹³⁴. Dès lors, les biens qui sont dans le commerce juridique, et les biens qui peuvent être vendus par le promettant peuvent être le contenu d'un pacte de préférence.

401. En deuxième lieu, le pacte de préférence doit avoir un contenu certain conformément à l'article 1163 du Code civil français, et doit avoir un objet certain selon les articles 131 à 135 du Code civil égyptien. La question de la certitude n'empêche pas le pacte de préférence d'avoir comme contenu un bien ou un droit.

402. Dans le premier cas, si le bien est l'objet du pacte, ceci soulève un certain nombre de problèmes pratiques, surtout lorsqu'il n'y a pas de concordance entre l'objet prévu au pacte et la vente proposée¹¹³⁵. La première question est le contenu du pacte doit-il être aliénable ? Cette question se pose dans l'hypothèse où le contenu du pacte de préférence est lié à la condition d'inaliénabilité. Afin de répondre à cette question, il faut distinguer entre deux cas : le premier cas est celui dans lequel la condition ne produit pas ses effets, par exemple le bénéficiaire de la

¹¹³³ V. *supra* n° 338 et s.

¹¹³⁴ Michel DAGOT, *Le pacte de préférence*, *op.cit.*, p.90 ; Saïd JABR, *Le pacte de préférence*, *op.cit.*, p.63.

¹¹³⁵ Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU, Yves- MARIE SERINET, *La formation du contrat : Le contrat, le consentement*, *op.cit.*, p.576.

clause d'inaliénabilité intervient au pacte de préférence pour y renoncer, ou la clause d'inaliénabilité est devenue caduque pour une raison quelconque¹¹³⁶. Dans ces cas, il n'y a donc aucun obstacle juridique à la conclusion du pacte de préférence. Le deuxième cas, si la condition est valide et produit ses effets, alors il n'y a pas d'obstacle empêchant la conclusion immédiate du pacte de préférence, mais l'efficacité du pacte de préférence sera bridée ou suspendue par l'impossibilité pour le promettant de vendre, sans la levée de la condition d'inaliénabilité. La deuxième question est le contenu du pacte doit-il être déterminé ? Conformément aux règles générales du droit français et égyptien le contenu du pacte de préférence doit être déterminé ou déterminable¹¹³⁷. La question de la détermination du contenu du pacte de préférence soulève quelques problèmes pratiques en particulier dans le processus de vente¹¹³⁸. Par exemple, le promettant a donné au bénéficiaire une promesse de lui vendre une partie du bien, objet du droit, de préférence. Mais lors de la mise en œuvre du pacte, le promettant a décidé de vendre un ensemble plus vaste qui n'est pas soumis à son droit de préférence. La question qui se pose, le promettant est-il considéré comme ayant mis en œuvre le pacte ou l'a-t-il violé ? La réponse dépend de l'interprétation de la volonté des parties effectuée par les juges du fond¹¹³⁹. Dans ce sens, la Cour de cassation a jugé que « *le pacte de préférence en décidant que le propriétaire, en proposant à son locataire la préférence pour l'acquisition du tout aux conditions qu'il consentait à un tiers, avait respecté le pacte de préférence* »¹¹⁴⁰.

¹¹³⁶ Michel DAGOT, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.90 ; Saïd JABR, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.63.

¹¹³⁷ Dimitri HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, op.cit., p.154.

¹¹³⁸ Thibault DOUVILLE (dir.) Collectif, *La réforme du droit des contrats. Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op.cit., p.67.

¹¹³⁹ Michel DAGOT, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.92.

¹¹⁴⁰ Cass. 3^e ch. civ., 15 décembre 1971, n°70-13.755, Bull. Civ. 3, n°635, p.454.

403. Dans le deuxième cas, si le droit est l'objet du pacte de préférence¹¹⁴¹. Tout d'abord, on peut affirmer que tout droit réel peut être l'objet d'une préférence, si le bien qui en est l'objet est dans le commerce juridique. Ensuite, le droit personnel peut également être l'objet d'une préférence, par exemple les droits sociaux surtout dans les cas de cession ou d'émission de droits sociaux nouveaux et l'hypothèse la plus courante dans ce sujet « *est le droit préférentiel de souscription des actionnaires de la société anonyme, en cas d'émission d'actions nouvelles* »¹¹⁴².

B : Les conditions spécifiques

404. Après avoir terminé l'étude des conditions générales, il est maintenant nécessaire d'étudier les conditions spécifiques qui suscitent beaucoup de controverse dans la pratique le prix (1) puis la durée (2).

1 : Le prix

405. En premier lieu, dans la plupart des cas, le pacte de préférence doit être un contrat préparatoire pour le contrat de vente. On a précédemment confirmé que, cela a conduit les partisans de la théorie traditionnelle à considérer le pacte de préférence comme une promesse de vente conditionnelle¹¹⁴³. Il était donc nécessaire dans le pacte de préférence de déterminer le prix de vente comme le cas dans la promesse de vente¹¹⁴⁴. Mais, la doctrine moderne en France et en Égypte¹¹⁴⁵ rejette l'analyse traditionnelle qui considère le pacte de préférence comme une promesse unilatérale de vente. De ce fait, la détermination du prix de vente (le prix de l'opération finale) n'est pas une condition essentielle de validité

¹¹⁴¹ Ce cas soulève aussi beaucoup de questions mais ces questions sont au-delà du cadre de l'étude.

¹¹⁴² Michel DAGOT, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.96.

¹¹⁴³ V. *supra* n° 382 et s.

¹¹⁴⁴ Abd El Razaq Al SANHOURI, *Al Waseet, Les contrats translatifs de propriété, le contrat de vente, le contrat d'échange*, op.cit., p.92.

¹¹⁴⁵ Mohamed Hassan KASSEM, *Le droit civil, les obligations, le contrat*, op.cit., p.193 ; Voir aussi, Hazem Abdel Karim HAMOUDAA, *Le cadre juridique de la phase précédente le contrat final*, Thèse, université de Mansourah, 2016.

du pacte de préférence¹¹⁴⁶. En effet, le promettant ne propose pas à son bénéficiaire l'offre de conclure un contrat à la conclusion du pacte, mais quand il décidera de vendre à l'avenir. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de déterminer le prix de vente dans le pacte de préférence¹¹⁴⁷. Dans ce sens la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé qu'« *il n'est pas dans la nature du pacte de préférence de prédéterminer le prix du contrat envisagé et qui ne sera conclu, ultérieurement, que s'il advient que le promettant en décide* »¹¹⁴⁸. En pratique, il n'y a pas d'obstacle empêchant les parties de se mettre d'accord sur le prix de vente dans le pacte de préférence, mais cet accord ne modifie pas la nature de ce pacte, et ne le transforme pas en une promesse de vente, où le promettant reste toujours libre en ce qui concerne sa décision de vendre et cela constitue une différence fondamentale entre le pacte de préférence et la promesse unilatérale de vente¹¹⁴⁹.

406. En deuxième lieu, il est important de souligner que la doctrine égyptienne fait une distinction entre le prix du droit de préférence et le prix de vente. D'une manière générale, le prix de la préférence est le prix que le bénéficiaire acceptera de payer en tant que contrepartie pécuniaire pour le promettant qui acceptera de conclure un pacte de préférence¹¹⁵⁰. Ce prix de la préférence n'est pas difficile à justifier car, le promettant lorsqu'il va donner une promesse de préférence au bénéficiaire, restreindra sa liberté de choix à ceux qui contractent avec lui. Donc, cette somme d'argent est en échange de la restriction de la liberté du promettant. En outre, l'idée de prix du droit de préférence sera claire et ne pose pas de problème si le pacte est un contrat autonome. À l'inverse,

¹¹⁴⁶ Hugues KENFACK, *Pacte de préférence et condition potestative « virtuelle »*, *op.cit.*, p.1190.

¹¹⁴⁷ Jamil AL-CHERKAoui, *L'explication des contrats civils, le contrat de vente et le contrat d'échange*, Dar Al Nahda Al Arabya, le Caire, 1991, p.89 ; Abd El Moneim EL BADRAoui, *Le contrat de vente*, *op.cit.*, p.155 ; Soliman MORCOS, *Al Wafi (L'explication détaillée) pour expliquer la droit civil, les contrats nommés, le contrat de vente*, *op.cit.*, p.151.

¹¹⁴⁸ Cass. 1^{re} ch. civ., 6 juin 2001, n° 98-20.673, Bull. Civ. I, n° 166 p.108; Cass. 3^e ch. civ., 29 janvier 2003, n° 01-03.707, Bull. Civ. III, n° 24.

¹¹⁴⁹ Saïd JABR, *Le pacte de préférence*, *op.cit.*, p.74.

¹¹⁵⁰ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, *op.cit.*, p.405.

si le pacte de préférence est incorporé dans un contrat plus vaste, la question du prix se confond avec l'équilibre des obligations des parties. Par exemple le pacte de préférence qui a été incorporé dans un bail commercial prévoyant qu'en cas de vente de l'immeuble loué, le preneur à bail bénéficiera d'un droit de préférence, à prix fixé et conditions spécifiques. Dans une telle situation, la contrepartie du droit de préférence est comprise implicitement dans le montant du loyer qui sera versé par le locataire¹¹⁵¹. Quant au prix de vente, il n'est pas nécessaire de le fixer lors de la conclusion du pacte de préférence. En conséquence, selon la doctrine égyptienne, le pacte de préférence peut inclure le prix de la préférence (le pacte à titre onéreux) mais ne doit pas inclure le prix de vente.

2 : La durée

407. Tout d'abord, il est important de distinguer la durée du droit de préférence de celle de la période de réponse qui peut être confondue avec celle-ci. D'une part, cette dernière signifie la période entre le moment où le promettant a manifesté son intention de conclure et le moment où le bénéficiaire exprime sa volonté d'accepter¹¹⁵². D'autre part, la durée du droit de préférence correspond à la période entre le moment de la conclusion du pacte de préférence et le moment où le promettant se décide de conclure le contrat (le sujet de préférence) par une offre de contracter adressée à son bénéficiaire¹¹⁵³. La durée de la période de réponse sera examinée en détail quand on étudiera les effets du pacte de préférence¹¹⁵⁴, mais ce qui compte maintenant est la durée du droit de préférence qui soulève certaines questions.

408. La première question est : pendant combien de temps le droit de préférence peut-il être exercé par le bénéficiaire du pacte ? Pour répondre à cette question, il convient de mentionner que les parties bénéficient d'une totale liberté au sujet de la détermination de la durée du droit de préférence. Autrement dit, il

¹¹⁵¹ Michel DAGOT, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.98 ; Saïd JABR, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.72.

¹¹⁵² Pascal PUIG, *Contrats spéciaux*, op.cit., p.152.

¹¹⁵³ Saïd JABR, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.65.

¹¹⁵⁴ V. *infra*, n° 420 et s.

n'y a pas de durée minimum ou maximum pour la durée du droit de préférence¹¹⁵⁵. La durée peut prendre des heures, des jours, des mois ou des années¹¹⁵⁶, parce qu'il n'y a ni article dans le Code civil français et égyptien, ni jurisprudence à cette question¹¹⁵⁷. Cependant, il semble pratiquement utile que les parties fixent une durée maximale pour leur droit de préférence car, le promettant ne restera pas restreint par rapport au choix de son partenaire pour une très longue période de temps qui empêche la circulation des objets ou des biens dans la société¹¹⁵⁸.

409. La deuxième question est de savoir s'il est nécessaire de déterminer la durée du droit de préférence lors de la conclusion d'un pacte de préférence ? La doctrine et la jurisprudence¹¹⁵⁹ moderne en France¹¹⁶⁰ et en Égypte¹¹⁶¹ affirment que la durée du droit de préférence comme le prix n'est pas une condition de validité du pacte de préférence¹¹⁶². À cet égard, la Cour de cassation du 15 janvier 2003 a rejeté la nécessité de déterminer la durée du pacte de préférence en tant que condition de validité du pacte de préférence quand elle a décidé en termes clairs que « *la prédétermination du prix du contrat envisagé et la stipulation d'un délai ne sont pas des conditions de validité du pacte de préférence* »¹¹⁶³. Cela signifie que l'indétermination de la durée du droit de préférence ne représente pas

¹¹⁵⁵ Mais sous réserve de l'interdiction des obligations perpétuelles.

¹¹⁵⁶ Conformément au droit commun en France et en Égypte il est nécessaire de ne pas dépasser la limite habituelle des 99 ans.

¹¹⁵⁷ Jean marc MOUSSERON, Michel GUIBAL, Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat*, *op.cit.*, p.304.

¹¹⁵⁸ Jean-Pierre DESIDERI, *La préférence dans les relations contractuelles*, Thèse, Aix-Marseille 3, 1997, p.323.

¹¹⁵⁹ Cass. 3^e ch. civ., 29 janvier 2003, n° 01-03.707, Bull. Civ. III, n° 24.

¹¹⁶⁰ Pierre-Yves GAUTIER, *Ni prix ni délai : ne réveillez pas un pacte de préférence qui dort*, RTD civ, 2002, p.115 ; Jacques MESTRE, *Le pacte de préférence à l'épreuve du temps*, *op.cit.*, p.497.

¹¹⁶¹ Mohamed Hassan KASSEM, *Le droit civil, les obligations, le contrat*, *op.cit.*, p.195.

¹¹⁶² Hugues KENFACK, *Pacte de préférence et condition potestative « virtuelle »*, *op.cit.*, p.1190.

¹¹⁶³ Cass. 3^e ch. civ., 15 janvier 2003, n° 01-03.700, Bull, 2003 III n° 9 p.9; Cass. 1^{re} ch. civ., 6 juin 2001, n° 98-20.673, Bull, 2001, I, n° 166 p.108.

une cause de nullité du pacte de préférence¹¹⁶⁴. Cependant, si les parties prévoient une durée déterminée (durée de validité) dans leur pacte de préférence, ce dernier est sans aucun doute valable. La conséquence en est que, dans cette hypothèse, l'expiration de cette période sans que le promettant ou le bénéficiaire expriment leur intention rend le pacte de préférence caduque¹¹⁶⁵. Toutefois, en droit égyptien, la question de la durée du pacte de préférence est délicate car les textes législatifs et les données jurisprudentielles les plus récentes, sont bien loin de clarifier la question. Selon certains auteurs égyptiens, il est nécessaire de déterminer la durée du pacte de préférence¹¹⁶⁶, car selon eux le pacte de préférence est un des types de promesses de vente qui doit respecter toutes ses conditions y compris la durée. Alors que d'autres auteurs égyptiens¹¹⁶⁷ influencés par les auteurs français¹¹⁶⁸ estiment qu'il faut distinguer entre deux cas : le premier est si le pacte est lié aux biens du promettant, le second est si le pacte est lié à l'activité professionnelle du promettant. Dans le premier cas, il n'est pas nécessaire de déterminer la durée du droit de préférence, parce que l'obligation du promettant est l'engagement de ne pas faire (un engagement à ne pas contracter avec les autres) donc il n'est pas contraire à l'ordre public. Dans le second cas, si le pacte est lié au droit d'auteur, comme le contrat de publication par exemple, dans ce cas il est obligé de déterminer la durée du droit de préférence ; pour que l'auteur ne reste pas engagé toute sa vie à préférer une maison d'édition particulière et cela est incompatible avec la liberté de travail et la liberté intellectuelle de l'auteur et donc il sera contraire à l'ordre public. Il semble que ce point de vue soit plus proche de la réalité pratique et il ne contredit pas la nature

¹¹⁶⁴ Jacques RAYNARD, Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des contrats spéciaux*, 9^e éd, Lexis Nexis, p.31.

¹¹⁶⁵ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, *op.cit.*, p.412.

¹¹⁶⁶ Abd Al-Fatah Abd EL-BAKI, *Le contrat de vente*, Dar Al-Feker Al-Araby, 1965, n° 47 ; Anwar SULTAN, *Les contrats nommés*, *op.cit.*, n° 80.

¹¹⁶⁷ Saïd JABR, *Le pacte de préférence*, *op.cit.*, p.67.

¹¹⁶⁸ Georges DURRY, *Les restrictions conventionnelles au libre choix de la personne du co-contractant*, Thèse, paris, 1957, p.269.

des transactions commerciales et en même temps, il respecte la nature des droits professionnels.

410. La troisième question, qui est comment déterminer la durée du pacte de préférence ? D'une part, la loi elle-même peut déterminer la durée du pacte de préférence. En effet, on trouve dans de rares cas que le législateur lui-même a déterminé par un texte spécial la durée du pacte et l'exemple typique de cette hypothèse est l'article L132 alinéa 4 du Code de la propriété intellectuelle française qui dispose qu'« *est licite la stipulation par laquelle l'auteur s'engage à accorder un droit de préférence à un éditeur pour l'édition de ses œuvres futures de genres nettement déterminés. Ce droit est limité pour chaque genre à cinq ouvrages nouveaux à compter du jour de la signature du contrat d'édition conclu pour la première œuvre ou à la production de l'auteur réalisée dans un délai de cinq années à compter du même jour* ». Il semble que le motif qui a conduit le législateur à déterminer la durée du droit de préférence de 5 ans est qu'il veut protéger l'auteur débutant, inexpérimenté qui a le désir de publier ses travaux, ce qui peut l'amener à accepter la restriction de sa liberté avec une maison d'édition particulière sans limite de temps. Il semble qu'un tel texte soit une véritable garantie et une protection juridique pour l'auteur¹¹⁶⁹. Il est donc préférable que le législateur égyptien adopte un tel texte dans son Code de la propriété intellectuelle, afin d'assurer le même niveau de protection juridique à l'auteur égyptien. D'autre part, les parties du pacte de préférence peuvent déterminer la durée de leur pacte par différentes façons. Dans la première, les parties peuvent accorder que le droit de préférence est une durée de 1 mois ou 1 an à compter du pacte de préférence où les parties fixent la date limite d'efficacité du droit de préférence (un jour efficace). Par exemple, les parties conviennent que le pacte de préférence est octroyé jusqu'au 31/12/2020. Pour la détermination de la durée, on va appliquer alors les règles habituelles sur le calcul des délais, notamment des délais de procédure¹¹⁷⁰. Dans la deuxième façon, les parties peuvent choisir un événement futur non déterminé dans le temps ; s'il est déterminable. Sur le plan pratique, les parties peuvent aussi combiner plusieurs méthodes, par exemple, les

¹¹⁶⁹ Suzanne LEQUETTE, *Réflexions sur la durée du pacte de préférence*, *op.cit.*, p.491.

¹¹⁷⁰ Saïd JABR, *Le pacte de préférence*, *op.cit.*, p.69.

parties conviennent que le droit de préférence est consenti tant que le bénéficiaire est le propriétaire de l'entreprise et en tout cas, pour une durée de 10 ans à compter du jour de la conclusion de leur pacte¹¹⁷¹. Enfin, si le pacte de préférence remplit ses conditions de validité, il aura des effets importants pour ses parties.

§2 : Les effets du pacte de préférence

411. Le pacte de préférence valablement formé, produit sans doute ses effets. Ces effets peuvent être divisés en deux phases. Dans une première phase on envisagera le droit de préférence avant l'intervention du fait générateur de la préférence, le pacte de préférence avant le fait générateur de la préférence (A). Puis, dans une deuxième phase, on examinera le droit de préférence après l'apparition du fait générateur de la préférence, le pacte de préférence après le fait générateur de la préférence (B).

A : Le pacte de préférence avant le fait générateur de la préférence

412. Le pacte de préférence avant la naissance du fait générateur a certains effets par rapport à ses parties¹¹⁷². Il semble donc approprié d'examiner successivement les obligations du promettant (1), puis, les obligations du bénéficiaire (2).

1 : Les obligations du promettant

413. En premier lieu, en ce qui concerne les obligations du promettant, il faut souligner que la conclusion du pacte de préférence ne signifie pas nécessairement que le promettant s'engage à la conclusion du contrat proposé¹¹⁷³. Par exemple dans un processus de vente, le consentement que donne le promettant n'est pas un consentement à la vente¹¹⁷⁴. Il n'est pas engagé donc à transférer la propriété du bien, objet du pacte. En d'autres termes, le promettant dans le cadre

¹¹⁷¹ Michel DAGOT, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.12.

¹¹⁷² Jean-Pierre DESIDERI, *La préférence dans les relations contractuelles*, op.cit., p.312 et s.

¹¹⁷³ Frédérique COHET-CORDEY, *Pacte de préférence : quelles obligations pour le promettant ?* op.cit., p.461.

¹¹⁷⁴ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Pierre-Yves GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, op.cit., p.109.

du pacte de préférence est complètement libre de vendre ou de ne pas vendre le bien, objet du pacte de préférence¹¹⁷⁵. Mais cette liberté de vendre peut-être restreinte par une condition accessoire dans le pacte de préférence, les parties peuvent accorder au promettant de ne pas montrer son désir de contracter après une certaine période postérieurement à la conclusion de leur pacte. Cette liberté peut aussi être restreinte dans le cas de fraude de la part du promettant, par exemple, le promettant a consenti un droit de préférence à son bénéficiaire aujourd'hui, mais le lendemain il met à la vente le bien qui en est l'objet du pacte. Dans ce cas, la rapidité du déroulement de l'opération de vendre montre que le promettant n'était pas sérieux en donnant la préférence du bénéficiaire parce qu'il ne lui a pas laissé suffisamment de temps pour bien se préparer à profiter du pacte¹¹⁷⁶. La preuve est qu'il a offert le bien à vendre le lendemain de la conclusion du pacte¹¹⁷⁷.

414. Le principe en France et en Égypte est le même, « *le promettant est tenu de ne rien faire qui puisse mettre en péril le droit de préférence* »¹¹⁷⁸, il doit également s'abstenir de ne rien faire qui soit susceptible de nuire au droit de préférence¹¹⁷⁹. Cette obligation négative soulève des questions sur la possibilité du promettant de conclure un nouveau pacte de préférence ou de conclure une promesse unilatérale de vente. D'abord, l'hypothèse de conclure un nouveau pacte de préférence¹¹⁸⁰ : le promettant a octroyé deux droits de préférence au profit de deux bénéficiaires différents. Sans aucun doute, si le promettant a décidé de conclure un autre pacte de préférence en conjonction avec le premier pacte de préférence, sa décision peut être une source de conflit entre les deux bénéficiaires, parce qu'il conduit à la complexité des relations juridiques et à des conflits

¹¹⁷⁵ Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral, op.cit.*, p.274.

¹¹⁷⁶ Saïd JABR, *Le pacte de préférence, op.cit.*, p.77.

¹¹⁷⁷ Selon les règles générales, la charge de la preuve incombe au titulaire du droit de préférence, celui qui invoque la fraude. Il doit être prouvé que la vente a été effectuée dans des conditions frauduleuses.

¹¹⁷⁸ Michel DAGOT, *Le pacte de préférence, op.cit.*, p.158.

¹¹⁷⁹ Daniel MAINGUY, *Contrats spéciaux, op.cit.*, p.91.

¹¹⁸⁰ Pascal PUIG, *Contrats spéciaux, op.cit.*, p.155.

d'intérêts. Dès lors, la responsabilité du promettant sera mise en cause à la suite d'un tel conflit entre les deux titulaires de droit de préférence¹¹⁸¹. Il y a cependant quelques exceptions pratiques qui permettent l'existence de deux pactes de préférence sans conflit. La première exception, c'est le cas de la succession dans le temps de deux pactes de préférence, signifiant que le promettant a conclu le deuxième pacte de préférence après la disparition du premier pacte pour n'importe quelle raison, comme l'expiration de sa période d'efficacité, dans ce cas le premier droit de préférence étant déjà caduc, il n'y a donc plus cumul de deux droits de préférence, il n'y a également plus d'obstacle à octroyer un nouveau droit de préférence à un nouveau titulaire de droit de préférence¹¹⁸². La deuxième exception, c'est le cas des domaines différents des deux pactes de préférence. C'est-à-dire que le promettant peut donner deux droits de préférence existants relativement au même bien, en même temps, mais ne pouvant être exercé que pour des opérations juridiquement différentes¹¹⁸³. Par exemple le promettant à octroie un droit de préférence au profit d'un premier bénéficiaire pour le loyer d'un immeuble. Il a octroyé en même temps un autre droit de préférence au profit d'un deuxième bénéficiaire pour acheter l'immeuble s'il décidera de le vendre. Dans tel cas, bien que les deux pactes concernent le même bien, cependant le champ de chaque pacte est différent de l'autre et donc il n'y a pas de conflit entre eux¹¹⁸⁴. Ensuite, en ce qui concerne l'hypothèse de conclure une promesse unilatérale de vente, elle soulève la question suivante, le promettant (le propriétaire d'un bien) qui a déjà conclu un pacte de préférence, peut-il conclure au même bien une promesse unilatérale de vente ? De l'avis de la plupart des auteurs, le promettant ne peut pas le faire, car la conclusion d'une promesse unilatérale de vente conjointement avec le pacte de préférence, conduira à un conflit entre le bénéficiaire du pacte de préférence et le bénéficiaire de la promesse unilatérale de vente, surtout si ce dernier décide de lever l'option et de

¹¹⁸¹ Michel DAGOT, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.159.

¹¹⁸² Saïd JABR, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.79.

¹¹⁸³ Michel DAGOT, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.159.

¹¹⁸⁴ Saïd JABR, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.80.

se porter acquéreur¹¹⁸⁵ en exprimant son désir d'acheter et donc le contrat de vente sera conclu entre le promettant et le bénéficiaire de la promesse. Ainsi, il est impossible pour le bénéficiaire du pacte de préférence d'utiliser son droit de préférence. Néanmoins, le conflit entre le pacte et la promesse peut être évité, en ajoutant une condition accessoire lors de la conclusion de la promesse, qui stipule que le bénéficiaire de la promesse unilatérale de vente « *ne pourra lever l'option qu'à compter du jour où le pacte de préférence sera caduc* »¹¹⁸⁶.

2 : Les obligations du bénéficiaire

415. En deuxième lieu, en ce qui concerne les obligations du titulaire du droit de préférence. Selon les règles générales, si le pacte de préférence est inclus dans un contrat principal plus vaste, les obligations pesant sur le bénéficiaire du pacte sont en général plus liées au contrat principal qu'au pacte lui-même. Si le pacte de préférence à titre gratuit a été conclu sous la forme d'un contrat indépendant du contrat principal, ce pacte représente donc un contrat unilatéral, par conséquent, le bénéficiaire n'emporte pas d'obligations¹¹⁸⁷. Cependant, les parties peuvent convenir que le pacte sera à titre onéreux. Dans ce cas, le bénéficiaire est engagé à payer le prix convenu comme le prix du droit de préférence à son promettant. Après avoir examiné les obligations des parties du pacte de préférence avant le fait générateur de la préférence, il semble approprié d'exposer les effets et les problèmes les plus importants du pacte de préférence après le fait générateur de la préférence.

B : Le pacte de préférence après le fait générateur de la préférence

416. Le fait générateur de la préférence est la décision du titulaire du droit de préférence. Donc, le moment le plus important dans la vie du pacte de préférence est lorsque le promettant décide de conclure le contrat. Cette décision signifie l'activation du droit de préférence et cette activation à son tour a besoin de plusieurs procédures. Il est donc nécessaire d'étudier en premier lieu, le fait

¹¹⁸⁵ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Pierre-Yves GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, *op.cit.*, p.110.

¹¹⁸⁶ Michel DAGOT, *Le pacte de préférence*, *op.cit.*, p.159.

¹¹⁸⁷ Pascal PUIG, *Contrats spéciaux*, *op.cit.*, p.154.

générateur de la préférence (1), avant d'aborder en deuxième lieu la mise en œuvre du droit de préférence (2).

I : Le fait générateur de la préférence

417. Il est reconnu que le pacte de préférence ne produit ses effets que si le promettant décide expressément de conclure le contrat qui en est l'objet du pacte. Donc, la décision du promettant est en fait le fait générateur du pacte de préférence¹¹⁸⁸. À titre d'exemple, dans l'opération de vente, le promettant doit offrir la vente au titulaire du droit de préférence. Ce point ne soulève pas alors de problèmes pratiques entre les parties. Cependant, le fait générateur de la préférence pose la question suivante : Est-il nécessaire d'avoir d'un tiers à même de contracter avec le promettant ? Ou est-ce que le promettant peut exercer son droit en l'absence d'un tiers ? Selon la doctrine traditionnelle en France et en Égypte¹¹⁸⁹ la présence d'un tiers concurrent est nécessaire. Dès lors, dans le cadre du pacte de préférence le tiers doit adresser une offre d'achat ferme et précise au promettant, en l'absence d'une telle offre, il ne peut y avoir de vraie préférence parce que, la préférence signifie mettre fin à la concurrence réelle entre de deux personnes ou plus pour contracter, donc sans cette concurrence il n'y a vraiment aucune préférence. Mais cette vision classique a été critiquée car, elle limite la portée du pacte de préférence et limite l'utilisation du droit de préférence par une restriction injustifiée, parce qu'il n'est pas logique d'obliger le promettant à trouver un tiers compétiteur avant d'adresser l'offre de contracter au titulaire du droit de préférence. Par conséquent, la doctrine moderne estime qu'il n'y a pas de nécessité juridique ou pratique qui requiert la présence d'un tiers concurrent. Donc, il n'y a rien pour empêcher le promettant à adresser son offre de contracter directement et par priorité à son bénéficiaire, et en cas de refus de ce dernier, le promettant pourra adresser l'offre de contracter à un tiers « *à la seule condition de ne pas consentir à ce tiers des conditions plus avantageuses que celles proposées au titulaire du droit de préférence* »¹¹⁹⁰. Il semble que cette dernière condition

¹¹⁸⁸ Jacques RAYNARD, Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des contrats spéciaux*, op.cit., p.33.

¹¹⁸⁹ Michel DAGOT, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.184 ; Saïd JABR, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.94.

¹¹⁹⁰ Michel DAGOT, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.185.

requis par la doctrine moderne ne soit pas justifiée car elle restreint la liberté contractuelle du promettant sans aucune justification et sans aucune base juridique.

2 : La mise en œuvre du droit de préférence

418. La question essentielle est comment mettre en œuvre le droit de préférence ? Si le promettant a décidé de contracter, il doit adresser son offre au bénéficiaire par une notification. Une fois la notification reçue par le bénéficiaire, il est tenu de répondre dans un certain délai, pour annoncer sa position quant à sa volonté de contracter ou pas. En conséquence, l'utilisation du droit de préférence nécessite deux procédures, la première procédure est la notification et la deuxième est la réponse du bénéficiaire du droit de préférence¹¹⁹¹.

419. La première procédure est la notification envoyée au bénéficiaire. Cette notification constitue en soit le début des procédures pour activer le droit de préférence, mais cette notification soulève deux problèmes pratiques : le premier problème concerne le contenu de la notification. La détermination du contenu de la notification envoyée au bénéficiaire est très importante car la notification vague ou incomplète ne donne pas au bénéficiaire une image claire du projet de contrat proposé et il sera donc difficile pour le bénéficiaire de décider d'accepter ou de refuser l'offre de contracter¹¹⁹². Le contenu de la notification doit donc être clair, précis, et suffisant. Mais comment ? On a deux hypothèses : la première, le pacte de préférence régit le contenu de la notification à adresser au bénéficiaire. Dans ce cas, la volonté des parties du pacte doit être littéralement respectée en ce qui concerne le contenu de la notification convenue lors de la conclusion de leur pacte de préférence. Mais il faut avouer que cette hypothèse est très rare en pratique, car dans la plupart des cas les parties ignorent l'organisation du contenu de la notification, cela nous conduit donc à la deuxième hypothèse qui est : le pacte de préférence ne régit pas le contenu de la notification à adresser au bénéficiaire. On peut trouver la solution à cette hypothèse dans les règles

¹¹⁹¹ Jean marc MOUSSERON, Michel GUIBAL, Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat*, *op.cit.*, p.304.

¹¹⁹² Mohamed Hassan KASSEM, *Le droit civil, les obligations, le contrat*, *op.cit.*, p.197.

générales qui stipulent qu'en fonction du but de la notification, qui est d'informer le bénéficiaire des conditions dans lesquelles le contrat en question est projeté ; la notification doit donc contenir les éléments essentiels qui sont habituellement pris en compte pour chaque contrat. L'exemple classique est le processus de vente, dans ce cas la notification doit contenir tous les éléments essentiels pour l'acquéreur d'un bien (le bénéficiaire) ce qui l'aidera à prendre la décision d'achat, comme le prix déterminé ou moins déterminable de vente, identification précise de l'objet de la vente¹¹⁹³, etc. Le deuxième problème concerne la forme de la notification, sous quelle forme doit-être adressée la notification ? On peut pareillement distinguer deux hypothèses : la première hypothèse, si le pacte de préférence régit la forme de la notification à adresser au bénéficiaire, il faut respecter les dispositions qu'ont prévues les parties au sujet de la forme de la notification. Cependant, la forme convenue dans le pacte de préférence, peut être remplacée par une autre forme, si cette dernière est plus forte dans la réalisation du but (informer le titulaire du droit de préférence). À titre d'exemple, si le pacte de préférence prévoit une notification par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, la doctrine française et égyptienne accepte de remplacer la lettre par un exploit d'huissier, ou de procéder à une remise de la notification de main à main, avec en contrepartie la signature d'un reçu¹¹⁹⁴. La deuxième hypothèse, si le pacte de préférence ne prévoit rien quant à la forme de la notification. Quelle forme pourrait-être la notification ? Certes, ce qui compte c'est l'efficacité de la notification, donc le promettant a le droit de choisir tout moyen par lequel il peut informer son bénéficiaire, soit par l'exploit d'huissier, soit par une lettre recommandée avec demande d'avis de réception, soit par une lettre simple, soit par mail électronique, etc.

420. La deuxième procédure est la réponse du bénéficiaire du droit de préférence. Si le bénéficiaire du droit de préférence a bien reçu la notification qui lui a été adressée par son promettant sous la forme convenue ou d'une autre manière qui réalise l'objectif de la notification et que son contenu est précis et

¹¹⁹³ Michel DAGOT, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.245.

¹¹⁹⁴ Michel DAGOT, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.258 ; Saïd JABR, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.101.

clair, le bénéficiaire doit donc répondre dans un certain délai¹¹⁹⁵. Cette réponse du bénéficiaire soulève trois questions : la première question est relative au contenu de la réponse. Certes, le bénéficiaire doit répondre à la notification qu'il a reçu du promettant, cette réponse doit être claire et simple¹¹⁹⁶. Si la réponse est positive, cela signifie que le bénéficiaire a effectivement utilisé son droit de préférence et il veut vraiment conclure le contrat avec le promettant. Si la réponse est négative, le promettant recouvre sa liberté et peut conclure avec le tiers instantanément et sans la nécessité d'attendre l'expiration du délai de la réponse. La question qui se pose intervient dans le cas du silence du bénéficiaire quand il n'a pas répondu, ni positivement ni négativement. Dans ce cas et contrairement aux règles générales¹¹⁹⁷, il faut interpréter son silence comme un refus de l'offre de contracter parce que, le bénéficiaire qui veut vraiment contracter doit faire un geste positif pour mettre son droit en application. La deuxième question concerne la forme de la réponse. La réponse du bénéficiaire peut être expresse ou tacite, cette réponse sera expresse toutes les fois où le bénéficiaire du pacte de préférence aura annoncé sa volonté de manière expresse. S'il croit que cette façon est appropriée pour informer son promettant, tant qu'il n'y a pas d'accord entre eux sur une forme particulière pour répondre. La réponse sera tacite si le bénéficiaire du droit de préférence n'a pas manifesté sa volonté et il n'annonce pas sa décision soit positivement (l'acceptation) soit négativement (le refus)¹¹⁹⁸. On a confirmé précédemment que le silence équivaut à un refus. En réalité la question fondamentale n'est pas tellement celle de la forme de la réponse, mais la question du délai dans lequel le bénéficiaire doit répondre ? Une fois que le bénéficiaire a reçu la notification, il a besoin d'une certaine période afin d'étudier le projet de contrat avant de prendre sa décision de contracter ou pas. Cette période sera allongée ou raccourcie en fonction de l'importance économique du projet de

¹¹⁹⁵ Jean marc MOUSSERON, Michel GUIBAL, Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat*, op.cit., p.302.

¹¹⁹⁶ Mohamed Hassan KASSEM, *Les effets du pacte de préférence promesse entre les deux phases de l'attente et la prise de décision. Étude comparée doctrinale et juridique à la lumière des développements judiciaires et de la législation moderne* op.cit., p.179.

¹¹⁹⁷ « *Qui ne dit mot consent* ».

¹¹⁹⁸ Michel DAGOT, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.257 ; Saïd JABR, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.102.

contrat. Les parties peuvent convenir de la conclusion du pacte ou d'un accord après la conclusion du pacte de déterminer la période pendant laquelle le bénéficiaire doit répondre. Dans ce cas, il faut respecter le délai prévu par le pacte ou par l'accord ultérieur, il suffit ici de faire application des règles générales. Dans certains cas, le promettant détermine le délai de réponse dans la notification qui lui a adressé, dans ce cas le bénéficiaire a le droit d'accepter cette période ou d'objecter à cette période et de négocier avec le promettant afin d'obtenir une période appropriée. Cette solution également est l'application des règles générales. Le problème se pose en réalité lorsque les parties ne sont pas d'accord sur la période pendant laquelle le bénéficiaire doit répondre. Selon certains auteurs, dans ce cas le promettant est celui qui a le droit seul de déterminer la durée de la réponse¹¹⁹⁹. De l'avis d'autres auteurs, le délai de la réponse dans ce cas est le délai raisonnable, l'étendue du caractère raisonnable de ce délai varie en fonction de la nature et de l'importance du projet de contrat¹²⁰⁰. Le caractère raisonnable de cette durée est déterminé par le juge du fond au cas par cas sans la surveillance de la Cour de cassation.

Sous-section 2 : Les sanctions de la violation du pacte de préférence

421. Si le promettant a conclu le contrat, objet du pacte de préférence, avec un tiers sans l'avoir offert prioritairement à son bénéficiaire du pacte de préférence¹²⁰¹, alors la question qui se pose est, quelles sont les sanctions imposées au promettant qui n'aurait pas respecté le pacte de préférence ? En d'autres termes, que peut faire le bénéficiaire si le pacte de préférence est violé par son promettant ? Tout d'abord, il faut souligner que dans le Code civil égyptien il n'y en a point en la matière, parce que le législateur égyptien n'a institué aucun texte relatif à la violation du pacte de préférence, laissant cette tâche aux juges. Mais la situation est différente en France car, le législateur français a décidé de résoudre ce problème, après une longue période de

¹¹⁹⁹ Mohamed Hassan KASSEM, *Le droit civil, les obligations, le contrat, op.cit.*, p.197.

¹²⁰⁰ Abd El Moneim EL BADRAOUI, *Le contrat de vente, op.cit.*, p.159.

¹²⁰¹ Hugues KENFACK, *Pacte de préférence et nature de l'acte projeté*, Defrénois, n°11(sans le n° de page).

controverse doctrinale et jurisprudentielle sur la question dans le Code civil ¹²⁰² dans son article 1123 qui dispose que « *lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu. Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat* ». L'article 1123 reprend donc les trois sanctions potentielles déjà admises en jurisprudence française en ce qui concerne le pacte de préférence. De ce fait, on a trois sanctions pouvant être mises en œuvre selon cet article. On envisagera successivement l'allocation de dommages-intérêts au créancier de préférence (§1), en tant que sanction soumise aux règles générales. Puis, la nullité et la substitution du bénéficiaire à l'acquéreur (§2) comme des sanctions nécessitant des conditions spéciales.

§1 : L'allocation de dommages-intérêts au créancier de préférence

422. Le pacte de préférence est un contrat préparatoire à effet obligatoire ; ainsi le promettant devra proposer prioritairement de conclure le contrat objet du pacte de préférence au bénéficiaire, donc l'irrespect engage la responsabilité contractuelle du promettant¹²⁰³. Le bénéficiaire pourra obtenir des dommages-intérêts selon l'article 1123 du Code civil français « *lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi* ». Et conformément aux règles générales de la responsabilité contractuelle en droit égyptien, de nombreux auteurs

¹²⁰² Pierre-Yves GAUTIER, *Violation du pacte de préférence : De la relativité de la division des obligations de faire et de ne pas faire, ou comment d'une commodité, on a fait un principe*, RTD civ, 2003, p.107 ; Nicolas DISSAUX, *Les nouvelles sanctions en matière contractuelle*, AJ Contrat, 2017, p.10.

¹²⁰³ Cass. 3^e ch. civ., 10 mai 1984, n° 82-17.079, Bull. civ. III, n° 96 ; Cass. 1^{re} ch. civ., 16 juillet 1985, n° 84-13.745.

égyptiens considèrent que l'attribution au titulaire du droit de préférence de dommages-intérêts est la sanction naturelle, parce que la violation du pacte de préférence justifie l'allocation de dommages-intérêts sans avoir besoin d'un texte particulier¹²⁰⁴. À cet égard, la Cour de cassation égyptienne soutient cette doctrine, où elle a décidé dans un de ses arrêts que le bénéficiaire a le droit de demander une compensation si le promettant a violé leur pacte de préférence¹²⁰⁵.

423. En fait, l'allocation de dommages-intérêts ne saurait résoudre des problèmes ou des doutes ni dans le fondement ni dans son application soit en droit français soit en droit égyptien. Mais la question qui se pose est de savoir de combien est le montant des dommages-intérêts ? Le principe en droit français et égyptien est que le montant des dommages-intérêts ne relève pas d'un montant forfaitaire, il sera déterminé selon le droit commun de la responsabilité contractuelle¹²⁰⁶ en fonction de la demande du bénéficiaire du pacte (le créancier)¹²⁰⁷. Ainsi, la demande formulée par le bénéficiaire du pacte s'impose aux juges du fond qui doivent se conformer aux dispositions des articles 1231 alinéa 2 du Code civil français « *les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé...* », et l'article 222 du Code civil égyptien qui prévoit que « *1) il appartient au juge de fixer le montant des dommages-intérêts, s'il n'a pas été déterminé dans le contrat ou dans la loi. Les dommages-intérêts comprennent les pertes qu'a subies le créancier et les gains dont il a été privé, à condition que ce soit la suite normale de l'inexécution de l'obligation ou du retard dans l'exécution. La suite normale comprend le préjudice qu'il n'était pas raisonnablement au pouvoir du créancier d'éviter. 2) Toutefois, s'il s'agit d'une obligation contractuelle, le débiteur qui n'a pas commis de dol ou de faute lourde n'est tenu que du préjudice qui a pu normalement être prévu au moment du contrat* ». Il n'y a pas non plus d'obstacle

¹²⁰⁴ Abd El Razaq Al SANHOURI, *Al Waseet, Les contrats translatifs de propriété, le contrat de vente, le contrat d'échange*, op.cit., p.92 ; Abd El Moneim EL BADRAOUI, *Le contrat de vente*, op.cit., p.150.

¹²⁰⁵ Cass. civ., 10 décembre 1984, n° 1773-53.

¹²⁰⁶ Bertrand FAGES, *Droit des obligations*, op.cit., p.70.

¹²⁰⁷ Michel DAGOT, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.273 ; Saïd JABR, *Le pacte de préférence*, op.cit., p.107.

empêchant les parties de déterminer l'indemnisation à l'avance dans leur pacte de préférence. Cette solution a été adoptée par le législateur égyptien dans son Code civil à l'article 223 qui dispose que « *les parties peuvent fixer d'avance le montant des dommages-intérêts, soit dans le contrat, soit dans un acte ultérieur* ». Dès lors, le promettant qui n'a pas respecté le pacte de préférence sera le seul débiteur des dommages-intérêts¹²⁰⁸. Cependant, dans certains cas, on constate que le tiers (l'acquéreur) sera responsable et il partagera le paiement des dommages-intérêts avec le promettant à la condition qu'il s'est rendu complice de la fraude ourdie, contre le bénéficiaire du pacte de préférence¹²⁰⁹. La responsabilité de l'acquéreur dans tel cas est sans doute délictuelle en l'absence de lien de droit entre lui et le titulaire du droit de préférence.

§2 : La nullité et la substitution du bénéficiaire à l'acquéreur

424. L'article 1123 alinéa 2 prévoit que « *lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu* ». L'analyse de ce texte permet de constater que la deuxième et la troisième sanction en cas de violation du pacte de préférence sont : l'annulation du contrat conclu avec le tiers et la substitution du bénéficiaire du pacte dans les droits du tiers¹²¹⁰.

425. En premier lieu, en ce qui concerne la deuxième sanction qui est l'annulation du contrat conclu avec le tiers¹²¹¹. En droit français, l'annulation du contrat conclu avec le tiers, en violation du pacte de préférence était admise depuis longtemps, si le tiers était complice de la fraude avec le promettant¹²¹². Dès lors, le bénéficiaire peut obtenir l'annulation du contrat à condition de démontrer

¹²⁰⁸ Mohamed Hassan KASSEM, *Le droit civil, les obligations, le contrat, op.cit.*, p.198.

¹²⁰⁹ Cass. 3^e ch. civ., 22 avril. 1976, n° 74-15.098. Cass. 3^e ch. civ., 24 mars 1999, n° 96-16.040, Bull. civ. III, n° 80.

¹²¹⁰ Julien THÉRON, *Nullité et substitution en cas de violation d'un pacte de préférence*, Recueil Dalloz, n° 34, 2007 p.2444.

¹²¹¹ Philippe SIMLER, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, Lexis Nexis, 2016, p.17.

¹²¹² Cass. 3^e ch. civ., 22 avril 1976, n° 74-15.098.

que le tiers est de mauvaise foi. Le tiers de mauvaise foi est le tiers qui savait qu'il y avait un pacte de préférence entre le promettant et le bénéficiaire et que le bénéficiaire aurait l'intention d'utiliser le droit de préférence. Ensuite, en droit égyptien, le bénéficiaire du droit de préférence ne pourra pas demander et obtenir la nullité du contrat conclu avec le tiers, parce que le juge du fond ne peut pas juger la nullité du contrat conclu avec les tiers en l'absence de texte, car l'annulation est une sanction plus grave et il a besoin d'un texte qui l'énonce explicitement, contrairement aux dommages-intérêts, qui peuvent être réclamés par le bénéficiaire, malgré l'absence de texte conformément aux règles générales¹²¹³. En ce sens, la Cour de cassation égyptien a jugé que si le promettant viole le pacte de préférence, son bénéficiaire peut réclamer une indemnisation, mais il ne peut pas demander la nullité du contrat conclu avec le tiers en tant que sanction de la violation du droit de préférence¹²¹⁴.

426. En deuxième lieu, la troisième sanction est la substitution du bénéficiaire à l'acquéreur¹²¹⁵. La possibilité d'une substitution dans les droits du tiers acquéreur a été admise assez récemment par la Cour de cassation en 2006¹²¹⁶; parce que la Cour de cassation jusqu'en 2006 avait toujours refusé d'admettre que le bénéficiaire du pacte de préférence puisse se substituer au tiers de mauvaise foi, s'il a violé le pacte de préférence. Par exemple la Cour de cassation en 30 avril 1997 a jugé que « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur* »¹²¹⁷.

¹²¹³ Jamil AL-CHERKAoui, *L'explication des contrats civils, le contrat de vente et le contrat d'échange*, op.cit., p.88 ; Abd El Moneim EL BADRAoui, *Le contrat de vente*, op.cit., p.50 ; Abd El Razaq Al SANHOURI, *Al Waseet, Les contrats translatifs de propriété, le contrat de vente, le contrat d'échange*, op.cit., p.92.

¹²¹⁴ Cass. civ., 10 décembre 1984, n°1773-53.

¹²¹⁵ Christian ATIAS, *La substitution judiciaire du bénéficiaire d'un pacte de préférence à l'acquéreur de mauvaise foi*, Dalloz. 1998, p.203.

¹²¹⁶ Hugues KENFACK, *Restauration de la force obligatoire du pacte de préférence*, RLDC, septembre, 2006, n°30, p.5 ; Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, op.cit., p.275.

¹²¹⁷ Cass. 3^e ch. civ., 30 avril 1997, n° 95-17.598, Bull. 1997, III n° 96, p.63. D.1997.J.475, note. Denis MAZEAUD, RTD civ, 1997, p.673, obs. Jacques MESTRE; V. aussi, Cass. 1^{re} ch. civ., 4 mai 1957, Bull. civ. I, n°190 ; Cass. Com., 27 mai 1986, n° 85-10.006, RTD civ. 1987, p. 89, obs.

C'est-à-dire qu'en cas de violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire ne peut pas demander qu'à l'obtenir de dommages-intérêts. De ce fait, l'idée de la substitution du bénéficiaire du pacte au tiers acquéreur comme une sanction était totalement exclue. La position adoptée par la Cour de cassation reposait sur un argument fondamental qui est que la conclusion du pacte de préférence génère une obligation de ne pas faire et génère une obligation de donner¹²¹⁸, dès lors l'exécution en nature est complètement impossible¹²¹⁹. Cette position est adoptée aussi par la doctrine et la jurisprudence égyptienne jusqu'à présent, pour les mêmes raisons que la doctrine et la jurisprudence française ont déjà abandonnées, par un célèbre arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation française du 26 mai 2006¹²²⁰ qui était un point tournant très important dans l'évolution juridique du pacte de préférence. Dans cet arrêt et contrairement à la jurisprudence antérieure, la Cour de cassation admet pour la première fois et sans le moindre doute que « *si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu*

Jaques MESTRE ; Cass. 1^{re} ch. civ., 10 juillet 2002, n° 00-13.669, Bull. civ. I, n° 192, RTD civ. 2003, p.107, obs. Pierre-Yves GAUTIER.

¹²¹⁸ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, op.cit., p.414.

¹²¹⁹ Cet argument était fondé sur l'ancien article 1142 du Code civil qui prévoyait que « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur* ». Il faut souligner que cet article a été remplacé par l'article 1221 du Code civil qui dispose que « *le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier* ».

¹²²⁰ Cass. ch. mixte., 26 mai 2006, n° 03-19.376. Bulletin 2006 mixte, n° 4 p.13; V. à ce sujet : D. 2006. Jur. 1861, notes Daniel MAINGUY, Pierre-Yves GAUTIER, obs. Soraya ARMANI MEKKI, Bénédicte FAUVARQUE-COSSON ; RTD civ. 2006. 550, obs. Jacques MESTRE, Bertrand FAGES ; AJDI 2006. 667 ; Rev. Sociétés 2006.808, note Jean-François BARBIÈRE ; RDC 2006. 1131, note François COLLART-DUTILLEUL ; JCP E 2006. 2378, note Philippe DELEBECQUE ; Voir aussi des autres arrêts où la substitution a été admise : Cass. 3^e ch. civ., 14 février 2007, n° 05-21.814, Bull. civ. III, n° 25, RDC 2007, p.701, obs. Denis MAZEAUD ; Cass. 3^e ch. civ., 3 novembre 2011, n° 10-20.936, Bull. civ. III, n° 185, JCP G 2012, n° 8, 63, obs. Grégoire LOISEAU.

connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir ». À cet égard, il est important de souligner que les rédacteurs de l'article 1123 ont à corriger une maladresse de rédaction commise par la Cour de cassation par la formulation cumulative de la sanction en énonçant que « *le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits (et) d'obtenir sa substitution à l'acquéreur* ». Les rédacteurs de l'article 1123 confirment qu'il n'y aurait pas de sens à prononcer l'annulation du contrat et la substitution en même temps, parce que le bénéficiaire ne peut pas substituer le tiers dans un contrat qui n'existe plus du fait de l'annulation¹²²¹. Donc, le législateur français a fait attention à ce point, en corrigeant cette maladresse de rédaction et une sanction plus adéquate : en précisant que le bénéficiaire du pacte de préférence peut obtenir l'annulation du contrat conclu avec le tiers (ou) sa substitution dans les droits du tiers acquéreur¹²²². Donc, les sanctions de l'annulation et la substitution ne sont pas cumulatives mais alternatives¹²²³. En appliquant cet article, la Cour de cassation a jugé dans un arrêt plus récent que « *lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu* »¹²²⁴. Entre autres, sur le plan pratique, il faut noter que la demande de substitution par le bénéficiaire est facultative. C'est-à-dire que le bénéficiaire doit demander explicitement la substitution en justice, parce le bénéficiaire dans certains cas peut fort bien se contenter de l'allocation de

¹²²¹ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, *op.cit.*, p.416.

¹²²² Il faut noter que dans cette solution la substitution dans les droits du tiers acquéreur prendrait ses effets à la date de la conclusion du contrat avec le tiers et non à la date du jugement ordonnant la substitution.

¹²²³ Benjamin THUILLIER, *revirement de jurisprudence : une chambre mixte admet la substitution du bénéficiaire du pacte violé*, JCP N 2006, n° 1256, p.1419 ; Daniel MAINGUY, *réflexions à contre-courant en matière de violation d'un pacte de préférence*, Recueil Dalloz, 2007, p.1698.

¹²²⁴ Cass. 3^e ch. civ., 28 février 2018, n° 17-11.111, inédit.

dommages-intérêts ¹²²⁵. De plus, le bénéficiaire peut également demander l'annulation du contrat, sans pour autant demander la substitution au tiers, comme l'article 1123 du Code civil lui en donne ce droit facultatif.

427. En troisième lieu, l'article 1123 alinéa 2 prévoit que « *lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu* ». Cet article exige donc deux conditions pour que le bénéficiaire puisse demander la nullité ou la substitution ¹²²⁶. La première condition est que le tiers ait connaissance de l'existence du pacte de préférence et la deuxième condition est que le tiers ait connu l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte ¹²²⁷. C'est à cette double condition que l'on considère que le tiers est de mauvaise foi ¹²²⁸. Ce qui est plus original, que cette double condition de ces deux sanctions est également issue de l'arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation de 2006 lorsqu'elle a confirmé que « *si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir* » ¹²²⁹. En pratique, la demande d'annulation du contrat conclu

¹²²⁵ Jacques MESTRE, Bertrand FAGES, *Sanction de la violation d'un pacte de préférence : un arrêt de chambre mixte admet la substitution forcée !* RTD civ. 2006, p.550.

¹²²⁶ François ANCEL, Bénédicte FAUARQUE-COSSON, Juliette GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2017, p.93.

¹²²⁷ Voir en jurisprudence : Cass. 1^{re} ch. civ., 15 décembre 1965, n° 63-13.022, Bull. civ. I, n° 718 ; Cass. 3^e ch. civ., 15 novembre 1972, n° 71-12.517, Bull. civ. III, n° 616 ; Cass. 3^e ch. civ., 26 octobre 1982, n°81-11.733, Bull. civ. III, no 208 ; Cass. 3^e ch. civ., 10 février 1999, n° 95-19.217, Bull. civ. III, n° 37.

¹²²⁸ Hugues KENFACK, *Le renforcement de la vigueur du pacte de préférence*, Defrénois 2007, n° 13, p.1003 ; Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat, op.cit.*, n° 217.

¹²²⁹ Il faut noter que la Cour de cassation dans un arrêt ancien avait déjà affirmé que le bénéficiaire peut demander la nullité en cas de fraude si les deux conditions sont remplies lorsqu'elle a jugé que « *si le tiers avait contracté dans des conditions frauduleuses ; cette fraude impliquant la connaissance non seulement de la clause de préférence mais encore de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir* » ; Voir Cass. 3^e ch. civ., 26 octobre 1982, n° 81-11.733, Bull. civ. III, n° 208.

avec le tiers peut être plus avantageuse pour le bénéficiaire que la substitution au tiers. Par exemple supposons que le pacte donne la priorité au bénéficiaire, si le propriétaire décide de vendre sa maison, au prix stipulé dans le pacte de préférence et que les prix des maisons dans la ville ont chuté depuis que le contrat de vente a été conclu avec le tiers, le bénéficiaire du pacte n'a alors aucun intérêt à demander la substitution des droits du tiers acquéreur, parce que dans tel cas il doit payer un prix supérieur à celui du marché.

428. La question qui découle donc est : sur qui pèse la charge de la preuve de la double condition ?¹²³⁰ On peut trouver la réponse à l'article 2274 du Code civil français qui prévoit que « *la bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver* ». Et l'article 1 du droit de la preuve égyptien n° 25 de 1968 qui dispose que le créancier est obligé de prouver l'obligation et le débiteur doit prouver qu'il a exécuté son obligation¹²³¹. Donc, dans les deux droits la bonne foi est toujours présumée¹²³². En égard à ces articles et l'article 1123 le titulaire du droit de préférence qui demande la nullité du contrat conclu avec un tiers et sa substitution, doit faire une double preuve¹²³³. En d'autres termes, il est nécessaire que le bénéficiaire établisse que le tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté avec son promettant à la fois de l'existence du pacte de préférence et son intention de s'en prévaloir. En effet, le bénéficiaire du pacte a la liberté d'accepter ou pas l'offre qui lui sera adressée par son promettant, le tiers ne peut connaître la volonté de contracter qu'à partir du moment où le promettant lui propose l'offre. L'intention de contracter ne pouvant ainsi être présumée, c'est au bénéficiaire de s'annoncer et donc de faire connaître son désir

Ainsi, les deux conditions ont été réaffirmées plus d'une fois par les arrêts du Cour de cassation. V. Cass. 3^e ch. civ., 31 janvier 2007, n° 05-21.071 ; Cass. 3^e ch. civ., 14 février 2007, n° 05-21814.

¹²³⁰ Hugues KENFACK, *Le retour du pacte de préférence dans le droit commun des contrats ?*, Defrénois 30 juin 2012, n° 40536, p.622 ; Bertrand FAGES, *Violation du pacte de préférence et date à laquelle doit s'apprécier la mauvaise foi du tiers*, RTD civ, 2009, p.524.

¹²³¹ Traduit par nous.

¹²³² Ce principe a été affirmé par la Cour de cassation égyptienne dans plusieurs de ses arrêts. V. Cass. civ., 7 avril 1970, n° 59-36 ; Cass. civ., 24 juin 1986, n° 79-55 ; Cass. civ., 10 mai 1990, n° 1076-57 ; Cass. civ., 10 juin 2012, n° 1487-72.

¹²³³ Cass. 3^e ch. civ., 29 juin 2010, n° 09-68.110.

de contracter auprès des tiers pour que la mauvaise foi soit établie¹²³⁴. Il semble que la preuve de ces deux conditions par le bénéficiaire du pacte est délicate ; parce qu'il est très difficile au bénéficiaire du pacte de préférence de prouver que le tiers avait connaissance de son intention de se prévaloir du pacte. Le bénéficiaire ne connaît souvent que son droit de préférence a été violé qu'une fois que le contrat a été conclu avec le tiers de mauvaise foi. Dès lors, il ne connaîtra l'identité du tiers qu'à ce moment-là, cependant la Cour de cassation a démontré que cela n'était pas impossible¹²³⁵. Enfin, la question qui se pose ici est quelle est la solution si le tiers ignore l'existence du pacte de préférence ? Dans cette hypothèse, le tiers de bonne foi n'engage pas sa responsabilité, dès lors le bénéficiaire ne peut pas obtenir l'annulation du contrat passé entre le promettant ou la substitution du bénéficiaire dans les droits du tiers de bonne foi, quand bien même le droit de préférence a été violé, cela ne l'autorise pas à remettre en cause un contrat valablement formé entre le promettant et le tiers. Cependant, le bénéficiaire a toujours le droit d'obtenir la réparation du préjudice subi même dans le cas de la bonne foi, car les dommages-intérêts sont liés au dommage subi, quelles que soient les bonnes ou les mauvaises fois des autres. Ceci est seulement une application de l'article 1123 du Code civil.

429. En dernier lieu, la véritable innovation¹²³⁶ de l'article 1123 du Code civil en ses alinéas 3 et 4 prévoit que « *le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité*

¹²³⁴ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, op.cit., p.420.

¹²³⁵ Cass. 3^e ch. civ., 14 février 2007, n° 05-21.814 ; Cass. 3^e ch. civ., 9 avril 2014, n° 13-13.949.

¹²³⁶ Thibault DOUVILLE (dir.) Collectif, *La réforme du droit des contrats. Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op.cit., p.68.

du contrat ». Ces alinéas instituent du tiers une action interrogatoire¹²³⁷ destinée à bénéficier et de permettre de purger le droit de priorité ou de préférence¹²³⁸, c'est-à-dire que, le tiers peut alors inviter par écrit le bénéficiaire du pacte de préférence à opter ; pour déterminer clairement sa position dans un délai raisonnable¹²³⁹. A défaut de réponse dans ce délai, l'offre qui lui a été adressé par le promettant deviendra caduque ; Par conséquent, le bénéficiaire ne pourra pas demander l'annulation du contrat ou la substitution au contrat conclu avec le tiers, ainsi, ce dernier aura le droit de remplacer le bénéficiaire sans être responsable. Sur le plan pratique, la question qui se pose est si le tiers a-t-il vraiment un intérêt à exercer d'une telle action ? On peut affirmer que, le contrat conclu entre le promettant et le tiers en violation du pacte échapperait à toute sanction si le tiers ne connaissait pas l'existence d'un tel pacte et s'il ne connaissait pas l'intention du bénéficiaire de se le prévaloir. Dès lors, si le tiers a utilisé l'action interrogatoire, il va perdre le bénéfice de conclure le contrat avec le promettant si le bénéficiaire y a répondu et décidait de s'en prévaloir. Alors, il sera plus utile pour le tiers de rester ignorant de l'existence du pacte de préférence et il serait donc préférable de ne pas utiliser cette action. À cet égard, il faut noter que certains auteurs considèrent que « *cette action n'est que facultative de sorte que le bénéficiaire ne saurait reprocher au tiers de ne pas l'avoir utilisée et d'être ainsi resté dans l'ignorance du pacte et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, faisant ainsi échec à toute action en nullité ou substitution* »¹²⁴⁰. Ce point de vue nous amène à la question si le tiers qui n'a pas exercé l'action interrogatoire est présumé de mauvaise foi ? On peut

¹²³⁷ Hugues KENFACK, Solène RINGLER, *Droit des contrats spéciaux*, *op.cit.*, p.41 ; Il convient de noter que certains auteurs préfèrent l'appeler « *Action interpellatoire du tiers* », Voir, Philippe LE TOURNEAU, Cyril BLOCH, André GIUDICELLI, Christophe GUETTIER, Jérôme JULIEN, Didier KRAJESKI, Matthieu POUMAREDE, *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, *op.cit.*, n° 3112.163. p.1144.

¹²³⁸ Lionel ANDRREU, Nicolas THOMASSIN, *Cours de droit des obligations*, 1^{re} éd, Gualino, 2016, p.121.

¹²³⁹ Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, Sébastien PELLÉ, *Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, Presses Universitaires de Pau et des Pays de l'Adour, P.U.P.P.A. 2016, p.68.

¹²⁴⁰ Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat*, *op.cit.*, n° 219 ; Voir aussi, Cass. 3^e ch. civ., 29 juin 2010, n° 09-68.110, Lamy line, RDC 2011, p.30, obs. Éric SAVAUX.

constater que l'article 1123 ne présume pas la mauvaise foi du tiers qui n'a pas exercé l'action interrogatoire¹²⁴¹. Par conséquent, sous le silence de l'article mentionné, il faut attendre les arrêts des tribunaux à ce sujet pour savoir la véritable portée de cette action interrogatoire.

430. On peut conclure à travers ces analyses que le pacte de préférence est un contrat préparatoire par lequel, le promettant s'oblige envers le bénéficiaire à ne pas conclure le contrat qui est objet du pacte avant qu'il propose prioritairement à son bénéficiaire de contracter avec lui s'il se décidait de contracter à l'avenir. Ce pacte de préférence est un contrat préparatoire nommé en droit français selon l'article 1123 du Code civil français, et un contrat préparatoire innommé en droit égyptien selon la majorité de la doctrine. D'ailleurs, le pacte de préférence est un contrat unilatéral et un contrat à titre gratuit en droit français et en droit égyptien. Ainsi, malgré la similitude et la proximité entre le pacte de préférence, le droit de préemption et la promesse unilatérale de vente, la doctrine moderne était capable de les différencier. Le pacte de préférence comme tout contrat, est donc soumis aux conditions générales : le consentement, la capacité, un contenu licite et certain. Cependant, selon la doctrine et la jurisprudence moderne française et égyptienne le prix et le délai ne sont pas des éléments de validité du pacte de préférence. Enfin, l'analyse de l'article 1123 du Code civil français permet de constater que les sanctions en cas de violation du pacte de préférence sont au nombre de trois : les dommages-intérêts, l'annulation du contrat conclu avec le tiers et la substitution du bénéficiaire du pacte dans les droits du tiers. En revanche, la seule sanction acceptée par la doctrine et la jurisprudence en Égypte est les dommages-intérêts. Il faut reconnaître aussi que la jurisprudence égyptienne est assez pauvre sur les modalités du pacte de préférence et que, dans l'esprit de la tradition juridique égyptienne, le Code civil français reste la principale source d'inspiration sur les questions qui ne sont pas abordées dans le Code civil égyptien. Il semble

¹²⁴¹ Alain BÉNABENT (Collectif), *Les nouveaux mécanismes*, RDC Réforme du droit des contrats : quelles innovations ? n° Hors-série, 1^{re} éd, LGDJ, 2016, p.17 ; David BOULAUD, Jimmy PUDICO, Pauline MARCOU, *L'action interrogatoire, la réforme du droit des contrats : actes de colloque, 1^{ère} Journée Cambacérès*, 3 juillet 2015, université de Montpellier, 2015, p.221.

nécessaire que le législateur égyptien adopte un tel article qui rend le pacte de préférence plus efficace en tant que contrat préparatoire.

Chapitre 2 : Les promesses de contrat

431. À la différence de certains accords précontractuels destinés à organiser la période précontractuelle, les promesses de contrat sont de véritables contrats préparatoires qui précèdent la conclusion du contrat définitif ¹²⁴². Elles ne sont conçues que dans l'objectif de contracter ultérieurement et d'exprimer un degré supplémentaire de complexité et d'aboutissement dans la conclusion du contrat définitif ¹²⁴³, car les conditions de ce dernier sont déjà toutes déterminées et l'une des parties de la promesse a déjà au moins donné son consentement définitif ; la conclusion du contrat définitif est donc très proche. En général, les promesses de contrat trouvent un terrain fertile dans la vie des affaires si l'une des parties veut s'assurer de l'opportunité de l'opération envisagée que son partenaire lui consent une option qui, une fois levée, emportera la conclusion du contrat définitif ¹²⁴⁴. Ces promesses pouvant précéder la conclusion de toute espèce de contrat, surtout les contrats de vente « *qui ont pour objet d'engager l'une ou l'autre des parties dans l'attente d'un élément nécessaire à la réalisation de la vente* » ¹²⁴⁵. De toute façon, ces promesses sont divisées en deux types : la promesse unilatérale et la promesse synallagmatique.

432. En premier lieu, il convient de souligner d'emblée que le Code civil français a codifié la promesse unilatérale à son article 1124 qui prévoit que « *la promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire. La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis. Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en*

¹²⁴² Hazem Abdel Kerim HAMOUDAA, *Le cadre juridique de la phase précédente le contrat final*, op.cit., p.105 et s.

¹²⁴³ Pour des raisons pragmatiques et afin de donner une orientation plus pratique à cette analyse, les promesses de contracter vont prendre pour référence la promesse de vente.

¹²⁴⁴ Mohamed Hassan KASSEM, *Le droit civil, les obligations, le contrat*, op.cit., p.181.

¹²⁴⁵ Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, op.cit., p.277.

connaissait l'existence est nul ». Il semble donc que cet article ait défini la promesse unilatérale dans son premier alinéa¹²⁴⁶ et a défini son régime juridique dans les deux alinéas suivants¹²⁴⁷. Par ailleurs, le législateur français n'a pas donné de définition de la promesse synallagmatique de contrat comme son homologue unilatéral, mais il a défini le type le plus important de la promesse synallagmatique : la promesse synallagmatique de vente dans son article 1589 qui dispose que « *la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix (...)* ».

433. En deuxième lieu, le Code civil égyptien a consacré les promesses de contrat à ses articles 101 qui prévoit que : « *1. La convention par laquelle les deux parties, ou l'une d'elles, promettent de conclure dans l'avenir un contrat déterminé n'est conclue que si tous les points essentiels du contrat envisagé et le délai dans lequel ce contrat doit être conclu sont précisés ; 2. Lorsque la loi subordonne la conclusion du contrat à l'observation d'une certaine forme, celle-ci s'applique également à la convention renfermant la promesse de contracter* ». Et l'article 102 qui dispose que « *lorsque la partie qui s'est obligée à conclure un contrat s'y refuse, le tribunal peut, à la demande de l'autre partie, si toutefois les conditions requises pour la conclusion de ce contrat sont réunies, notamment celles relatives à la forme, rendre un jugement qui, passé en force de chose jugée, vaudra contrat* ». Il semble que l'article 101 énonce une définition uniforme des deux promesses et il a également établi leur système juridique, ainsi l'article 102 a également traité l'hypothèse de la révocation par le promettant, c'est-à-dire que le Code civil égyptien établit une théorie générale pour les promesses de contrat, sans faire de distinction entre la promesse unilatérale et la promesse synallagmatique aux articles 101 et 102. Il serait donc intéressant d'analyser comment chaque législateur a traité ces promesses, afin de savoir lequel d'entre eux a réussi à codifier et à bien organiser ces types de contrats préparatoires. Dès lors, on va développer et analyser ces deux promesses de contracter en présentant en premier lieu, la conception des promesses de contrat (Section 1), et en deuxième lieu, le régime juridique des promesses de contrat (Section 2).

¹²⁴⁶ Hugues KENFACK, Solène RINGLER, *Droit des contrats spéciaux*, op.cit., p.43.

¹²⁴⁷ Peter SARVARY-BENE, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, op.cit., p.229.

Section 1 : La conception des promesses de contrat

434. On a vu que le Code civil français et son homologue égyptien ont défini les promesses de contrat dans leurs articles de différentes manières. Ces définitions conduisent à s'interroger sur la nature juridique de ces promesses. Afin de mieux comprendre les deux promesses de contrat à la lumière de ces textes, il est nécessaire d'étudier dans un premier temps, la définition des promesses de contrat (Sous-section 1), puis d'étudier dans un deuxième temps la nature juridique des promesses de contrat (Sous-section 2).

Sous-section 1 : La définition des promesses de contrat

435. Les promesses de contrat peuvent être classées en deux catégories : la promesse unilatérale, dans ce type de promesse, les parties sont d'accord sur les éléments de la vente à venir, mais l'une des parties (le futur acquéreur) veut profiter d'un délai de réflexion pour exercer son droit de l'option : contracter ou non¹²⁴⁸, donc elle désire réserver sa liberté et sa décision¹²⁴⁹. La promesse synallagmatique¹²⁵⁰, dans ce type de promesse, les négociations sont plus avancées, donc les parties décident de conclure la vente, aucune partie ne bénéficie du droit de l'option, on peut considérer la vente comme parfaite¹²⁵¹. Il faut noter que le droit d'option est le critère de distinction entre les deux promesses. Peu importe cette différence, on peut observer qu'il existe des aspects de similitude entre les deux. Afin de cerner la définition de ces promesses, il convient donc d'axer tout d'abord la définition de la promesse unilatérale de contrat (§1). Puis, il faut examiner la définition de la promesse synallagmatique de contrat.

¹²⁴⁸ Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU, Yves-Marie SERINET, *La formation du contrat, tome 1 : le contrat - le consentement*, op.cit., p.596.

¹²⁴⁹ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Pierre-Yves GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, op.cit., p.79.

¹²⁵⁰ Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat*, op.cit., n° 221.

¹²⁵¹ Mais selon certains auteurs, on ne peut pas considérer la vente dans ce cas comme une vente parfait, car il manque un élément essentiel requis par la loi ou requise par les parties.

§1 : La définition de la promesse unilatérale de contrat

436. La promesse unilatérale de contrat n'a pas été définie dans le Code civil français de 1804 ; pour cette raison, la doctrine a essayé de définir la promesse unilatérale de contrat¹²⁵². Selon Cornu, la promesse unilatérale de contrat est l'« accord de volonté par lequel une personne s'engage immédiatement envers une autre à passer avec elle un certain contrat à des conditions déterminées, le bénéficiaire de cet engagement – investit d'un droit d'option, pendant un délai donné – restant libre de ne pas conclure le contrat envisagé (en laissant passer le délai) ou de le conclure en « levant » l'option dans le délai »¹²⁵³. En d'autres termes, « le bénéficiaire de la promesse prend acte de l'engagement du promettant, mais ne promet pas de conclure le contrat définitif. Il dispose d'une option qui lui laisse dans l'avenir la liberté de donner ou non son consentement à celui-ci »¹²⁵⁴. À en croire un autre auteur, la promesse unilatérale de contrat est « un contrat par lequel une seule des parties s'engage à traiter (vendre, louer, etc.), tandis que l'autre conserve toute liberté et réserve ainsi son consentement définitif »¹²⁵⁵. Dans le même sens, selon certains auteurs la promesse unilatérale de contrat « est l'accord par lequel est convenu l'une des parties, le promettant, promet à l'égard de l'autre, le bénéficiaire, de conclure, si celle-ci lève une option résultant de la promesse avant l'expiration d'un délai déterminé, un contrat dont les éléments sont d'ores et déjà définis dans ledit accord »¹²⁵⁶. Il faut noter que la promesse unilatérale de contrat « donne au bénéficiaire le droit de décider discrétionnairement de conclure ou non un contrat dont tous les éléments essentiels ont été déterminés ; ce droit est appelé droit

¹²⁵² Voir plus en détails, Zakaria OTRI, *La promesse unilatérale de contrat*, Thèse, Strasbourg, 1994.

¹²⁵³ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, op.cit., p.818.

¹²⁵⁴ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, op.cit., p.818.

¹²⁵⁵ Alain BENABENT, *Droit des obligations, à jour de la réforme de 2016 et des projets de 2017*, op.cit., p.81.

¹²⁵⁶ Jean-Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL, Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat*, op.cit., p.327.

d'option »¹²⁵⁷. Les projets de réforme française ont également tenté de définir la promesse unilatérale de contrat par exemple à l'article 1106, alinéa 1 de projet Catala disposant que « *la promesse unilatérale de contrat est la convention par laquelle une partie promet à une autre, qui en accepte le principe, de lui donner l'exclusivité pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, mais pour la formation duquel fait seulement défaut le consentement du bénéficiaire* ». Dans le même contexte, l'article 28 du projet Terré prévoit que « *la promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie s'engage envers une autre, bénéficiaire, à conclure, dans un délai convenu et raisonnable, un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel seul le consentement du bénéficiaire fait défaut* ». Aussi, l'article 1124 du projet d'ordonnance de la Chancellerie de 2015 définit la promesse unilatérale comme « *le contrat par lequel une partie, le promettant, consent à l'autre, le bénéficiaire, le droit, pendant un certain temps, d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire* ». En fin de compte, l'ordonnance du 10 février 2016 dans son article 1124 définit la promesse unilatérale comme « *le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire* ». La plupart des auteurs français sont très satisfaits de ce texte parce qu'avant l'ordonnance 2016, ce contrat préparatoire n'était pas strictement réglementé dans le Code civil à l'exception de quelques articles associés à la promesse unilatérale de vente. La codification de la promesse unilatérale dans le Code civil contribue à sécuriser la période précontractuelle pour les négociateurs. De plus, la définition correspond parfaitement à la réalité pratique et juridique de ce qu'est une promesse¹²⁵⁸. En conséquence, les auteurs français adoptent cette définition annoncée par le Code civil actuel dans leurs ouvrages¹²⁵⁹. Cependant,

¹²⁵⁷ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, op.cit., p.239.

¹²⁵⁸ Jacques RAYNARD, Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des contrats spéciaux*, op.cit., p.62.

¹²⁵⁹ Jérôme JULIEN, *Droit des obligations*, op.cit., p.79 ; Lionel ANDRREU, Nicolas THOMASSIN, *Cours de droit des obligations*, op.cit., p.121 ; Véronique NICOLAS, *Droit des*

certain auteurs ont souhaité que la définition contienne une expression explicite du mot option « *qui constitue assurément le cœur de la promesse. L'option conférée au bénéficiaire est en effet la raison d'être de la promesse unilatérale* »¹²⁶⁰.

437. La promesse unilatérale et la promesse synallagmatique ont été codifiées expressément dans le Code civil égyptien à l'article 101 qui prévoit que « *1. La convention par laquelle les deux parties, ou l'une d'elles, promettent de conclure dans l'avenir un contrat déterminé n'est conclue que si tous les points essentiels du contrat envisagé et le délai dans lequel ce contrat doit être conclu sont précisés (...)*. Il semble que le législateur égyptien a élaboré une définition commune pour les deux types de promesses. Ainsi perçoit-on cette définition consacrer une théorie générale aux promesses en droit égyptien qu'il s'agisse d'une promesse unilatérale ou synallagmatique. On constate donc que le législateur égyptien était plus efficace que son homologue français en la matière. En effet, cette définition est plus large et complète que la définition française, en créant une théorie générale des promesses. De ce fait, toute promesse pourrait être soumise à cette théorie qu'elle soit organisée par le législateur ou créée en pratique. Selon la majorité de la doctrine égyptienne, les promesses de contrat peuvent se définir comme les contrats qui ont pour objet de créer à la charge soit de l'une des parties (la promesse unilatérale), soit des deux parties (la promesse synallagmatique) l'obligation de conclure un contrat définitif, déterminé dans ses

obligations, Le contrat, op.cit., p.85 ; Dimitri HOUTCIEFF, Droit des contrats, op.cit.,p.144 ; François ANCEL, Bénédicte FAUARQUE-COSSON, Juliette GEST, Aux sources de la réforme du droit des contrats, op.cit.,p.94 ; Philippe LE TOURNEAU, Cyril BLOCH, André GIUDICELLI, Christophe GUETTIER, Jérôme JULIEN, Didier KRAJESKI, Matthieu POUMAREDE, Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation, op.cit., n° 3112.171, p.1145 ; François COLLART-DUTILLEUL, Jean-Luc AUBERT, Le contrat - Droit des obligations, op.cit., p.69 ; Olivier DESHAYES, Thomas GENICON, Yves-Marie LAITHIER, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, commentaire article par article, op.cit.,152 ; Béatrice BOURDELOIS, Droits des contrats spéciaux, op.cit., p.11 ; Gaël CHANTEPIE, Mathias LATINA, Le nouveau droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, 2^e éd, Dalloz, 2018, p.209.

¹²⁶⁰ Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat, op.cit., n° 222.*

conditions¹²⁶¹. Dans le même sens, la promesse de contrat peut être définie comme un contrat par lequel une partie (promesse unilatérale) ou les deux parties (promesse synallagmatique) s'engage (nt) à conclure un contrat définitif, tant que les éléments essentiels du contrat ont été convenus¹²⁶². Autrement dit, la promesse de contrat est un engagement contractuel à conclure un contrat définitif déterminé, selon les termes ou les conditions convenus entre les parties¹²⁶³. La doctrine y voit parfois l'affirmation de la nature préparatoire du contrat de la promesse lorsqu'elle a défini la promesse comme, le contrat préparatoire par lequel les parties sont d'accord pour conclure un contrat futur lorsque le promettant annonce son désir de contracter¹²⁶⁴.

438. D'un point de vue pratique, la promesse unilatérale de contrat est un contrat¹²⁶⁵ très banal qui se forme à l'occasion de la préparation de tout type de contrat de vente, de bail, de prêt, d'hypothèque, de société, d'achat d'immeubles ou d'actions. Ainsi, il faut noter que la promesse unilatérale peut être de plusieurs sortes. La première étant la promesse unilatérale de vente¹²⁶⁶, que l'on appelle aussi contrat d'option¹²⁶⁷, qui constitue l'hypothèse la plus fréquente dans le

¹²⁶¹ Mohamed Hassan KASSEM, *Le droit civil, les obligations, le contrat op.cit.*, p.181 ; Voir dans le même sens, Jean-Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL, Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat, op.cit.*, p.327.

¹²⁶² Abdelaziz HAMOOD, *Les aspects juridiques de la phase de négociation, op.cit.*, p.34 ; Abd El Razaq Al SANHOURI, *Al Waseet, La théorie générale de l'obligation, tome1, Le contrat, op.cit.*, p.209 ; Voir dans le même sens en droit français, Jean-Marc MOUSSERON, Jacques RAYNARD, Jean-Baptiste SEUBE, *Technique contractuelle*, 5^e éd, Lefebvre Francis, 2017, n° 71, p.38 ; Yvaine BUFFELAN-LANORE, Virginie LARRIBAU TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op.cit.*, p.343.

¹²⁶³ Mohammed Hussein MANSOUR, *Les contrats internationaux, les négociations et la conclusion du contrat, op.cit.*, p.113.

¹²⁶⁴ Nabil Ibrahim SAAD, *Les contrats nommés, le contrat de vente, op.cit.*, p.89.

¹²⁶⁵ Christian LARROUMET, Sarah BROS, *Traité de droit civil, les obligations, le contrat, op.cit.*, p.278.

¹²⁶⁶ Voir en détails, Gregory SEAUMAIRE, *les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Thèse, Chambéry 2004 ; Jean-Philippe GUISIANO, *Les promesses de vente d'immeuble*, Thèse, Toulon, 2009.

¹²⁶⁷ Françoise BENAC-SCHMIDT, *le contrat de promesse unilatérale de vente*, revue internationale de droit comparé, vol. 36 n° 4, 1984. p.864.

pratique en France¹²⁶⁸ et en Égypte¹²⁶⁹. Pour cette raison, elle est prise comme étalon dans l'analyse de la promesse unilatérale de contrat¹²⁷⁰. La promesse unilatérale de vente est donc la promesse « *par laquelle un promettant accepte de vendre un bien à un certain prix à un bénéficiaire qui, de son côté, se voit reconnaître une option d'achat pendant un certain délai* »¹²⁷¹. La promesse unilatérale de vente est le contrat en vertu duquel le promettant est obligé de vendre une certaine chose si le bénéficiaire manifeste son désir d'acheter dans un délai déterminé¹²⁷². Ainsi, la promesse unilatérale de vente confère à son bénéficiaire « *une option pendant un certain temps ; le promettant est définitivement engagé, mais le bénéficiaire peut librement lever l'option : acquérir ou non* »¹²⁷³. Donc, cette promesse de vente engage seulement le promettant, alors que le bénéficiaire de la promesse reste libre d'acheter ou pas¹²⁷⁴. Cette liberté se manifeste par l'existence de l'option d'achat qui est la caractéristique de la promesse unilatérale de vente. Cette option s'analyse comme un droit potestatif licite¹²⁷⁵. Dans telle promesse, tous les éléments du contrat de vente sont déterminés : le prix, la chose vendue, les modalités essentielles de la vente¹²⁷⁶. Le deuxième type est la promesse unilatérale d'achat¹²⁷⁷. Cette dernière est un contrat préparatoire par lequel « *un promettant accepte d'acheter un bien à un certain prix à un bénéficiaire qui, de son côté, se voit reconnaître une option*

¹²⁶⁸ Hugues KENFACK, Solène RINGLER, *Droit des contrats spéciaux*, op.cit., p.43.

¹²⁶⁹ Mustapha MEKKI, *Réforme des contrats et des obligations : la promesse unilatérale de contrat*, JCP N, 2017, p.1071.

¹²⁷⁰ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, op.cit., p.309.

¹²⁷¹ Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat*, op.cit., n° 229.

¹²⁷² Nabil Ibrahim SAAD, *Les contrats nommés, le contrat de vente*, op.cit., p.89.

¹²⁷³ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Pierre-Yves GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, op.cit., p.85.

¹²⁷⁴ Valérie TOULET, *Droit civil, les obligations*, paradigme, 2008, p.39.

¹²⁷⁵ Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat*, op.cit., n° 229.

¹²⁷⁶ Christian LARROUMET, Sarah BROS, *Traité de droit civil, les obligations, le contrat*, op.cit., p.275 ; Nabil Ibrahim SAAD, *Les contrats nommés, le contrat de vente*, op.cit., p.89.

¹²⁷⁷ EL-Sayed Abdel Wahab ARAFA, *La promesse de contrat et le pacte de préférence*, Dar Al-Wafa Al-Kanoniya, Alexandrie, 2017, p.26.

*de vente pendant un certain délai »*¹²⁷⁸. Comme toutes les promesses, la promesse unilatérale d'achat peut indifféremment porter sur des meubles ou sur des immeubles¹²⁷⁹. À la différence de la promesse unilatérale de vente, la promesse unilatérale d'achat n'est pas soumise à un formalisme particulier. Elle échappe au respect de la formalité de l'enregistrement de l'article 1589 alinéa 2 du Code civil qui concerne uniquement les promesses unilatérales de vente¹²⁸⁰. La question qui découle donc dans l'hypothèse des promesses croisées lorsque les parties sur un même bien, promettent chacune unilatéralement, le promettant de vendre, le bénéficiaire d'acheter¹²⁸¹. L'hypothèse considérant la promesse de vente comme une promesse d'achat, peut-elle être qualifiée de promesse synallagmatique de vente ? Selon les règles générales, la simple existence de deux promesses unilatérales sur le même bien ne suffit pas à affirmer que l'existence d'une promesse synallagmatique valant vente¹²⁸². Cependant la Cour de cassation a jugé que « *l'échange d'une promesse unilatérale d'achat et d'une promesse unilatérale de vente réalise une promesse synallagmatique de vente valant vente définitive dès lors que les deux promesses réciproques ont le même objet et qu'elles sont stipulées dans les mêmes termes* »¹²⁸³, c'est-à-dire que la Cour dans cet arrêt a considéré que les deux promesses unilatérales sont donc qualifiées de promesse synallagmatique lorsqu'il y a identité d'objet et identité de formulation¹²⁸⁴.

¹²⁷⁸ Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat, op.cit.*, n° 250.

¹²⁷⁹ Cass. 3^e ch. civ., 13 mai 1998, n° 96-17.508, Bull. civ. III, n° 103.

¹²⁸⁰ Cass. 3^e ch. civ., 18 mars 1975, n° 73-14.524, Bull. civ. III, n° 112.

¹²⁸¹ Cyrille BACROT, Pierre BERGER, *Peut-on distinguer promesse synallagmatique et promesses croisées de vente et d'achat ?* Bull. Joly Sociétés n° 10, 1989, p.822 ; Jacques MOURY, *Menaces sur les promesses unilatérales de vente et d'achat croisées*, Dalloz, n° 40, 2006, p.2793.

¹²⁸² Cass. com., 18 juillet 1989, n° 88-12.543, Lamyline, RTD civ. 1990, p.67, obs. Jaques MESTRE.

¹²⁸³ Cass. Com., 22 novembre 2005, n° 04-12.183, Bull. civ. IV, n°234; Dalloz 2006, obs. Alain LIENHARD; RTD civ. 2006, p.302, obs. Jacques MESTRE et Bernard FAGES; Voir aussi, Cass. Com., 13 septembre, 2011, n° 10-19.526, Lamyline, RTD civ. 2011, p.758, note Bernard FAGES ; Cass. Com., 14 janvier 2014, n° 12-29.071, 12-29.071, inédit Lamyline, Gaz. Pal. 12 février. 2014, p.8, obs. Marc MIGNOT.

¹²⁸⁴ Soraya ARMANI MEKKI, Bénédicte FAUVARQUE- COSSON, *Droit des contrats*, Recueil Dalloz, 2006 p.2638.

§2 : La définition de la promesse synallagmatique de contrat

439. La promesse synallagmatique de contrat n'a pas été envisagée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, comme c'est le cas pour la promesse unilatérale de contrat, mais ce qui est bien attendu, ne signifie nullement qu'elle n'existerait pas ¹²⁸⁵. Selon la doctrine française, la promesse synallagmatique de contrat, réciproque ou bilatérale désigne l'« *accord de volonté par lequel deux personnes s'engagent réciproquement et définitivement dans les termes d'un contrat dont les conditions essentielles, au moins, sont déterminées et qui équivaut au contrat lui-même* »¹²⁸⁶. Elle peut se définir aussi comme le contrat « *par lequel l'ensemble des parties donnent leur consentement définitif à un contrat dont les éléments sont déjà déterminés* »¹²⁸⁷. À en croire un autre auteur, la promesse synallagmatique de contrat est un contrat dans lequel « *les deux parties prennent réciproquement l'engagement de conclure un contrat dont les éléments sont d'ores et déjà définis dans ledit accord* »¹²⁸⁸. Inversement, la notion de promesse synallagmatique a été consacrée en droit égyptien dans le Code civil à l'article 101 qui dispose que « *la convention par laquelle les deux parties, (...) promettent de conclure dans l'avenir un contrat déterminé n'est conclu que si tous les points essentiels du contrat envisagé et le délai dans lequel ce contrat doit être conclu sont précisés* ». La doctrine égyptienne a défini la promesse synallagmatique de contrat comme un contrat préparatoire par lequel les parties s'obligent fermement et réciproquement à conclure dans l'avenir un contrat définitif dont les éléments essentiels sont prévus dans le présent¹²⁸⁹. Le caractère synallagmatique d'une promesse peut être déduit de l'existence, entre les parties de la promesse, « *d'obligations alternatives rigoureusement*

¹²⁸⁵ Christian LARROUMET, Sarah BROS, *Traité de droit civil, les obligations, le contrat, op.cit.*, p.264.

¹²⁸⁶ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique, op.cit.*, p.818.

¹²⁸⁷ Lionel ANDRREU, Nicolas THOMASSIN, *Cours de droit des obligations, op.cit.*, p.121 ; Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat, op.cit.*, n° 223.

¹²⁸⁸ Louis BOYER, *Les promesses synallagmatiques de vente, contribution à l'étude des avant contrat*. RTD civ.1949, p.1 ; Jean-Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL, Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat, op.cit.*, p.359.

¹²⁸⁹ Mohamed Hassan KASSEM, *Le droit civil, les obligations, le contrat op.cit.*, p.182.

symétriques »¹²⁹⁰. À titre d'exemple dans le processus de vente, il doit y avoir quelques éléments pour constituer la promesse synallagmatique de vente (en contrepartie de l'obligation de vendre), une obligation corrélative d'acheter¹²⁹¹. Un autre élément pour qualifier la promesse synallagmatique est l'absence d'option¹²⁹², à la différence de la promesse unilatérale de contrat, il n'est plus de droit d'option, car chaque partie s'est déjà liée. Ceci explique, en principe, qu'une promesse synallagmatique de contrat vaut contrat¹²⁹³.

440. Le type de contrat le plus important est la promesse synallagmatique de vente ou compromis de vente¹²⁹⁴. Ce dernier peut être défini comme « *la convention par laquelle les parties s'engagent réciproquement, l'une à vendre, l'autre à acheter, un bien désigné, à un prix déterminé ou déterminable* »¹²⁹⁵. Ainsi, la promesse synallagmatique de vente constitue le contrat par lequel le promettant s'engage à conclure un futur contrat de vente à des conditions déjà déterminées, et le bénéficiaire s'engage à son tour à acheter¹²⁹⁶. À cet égard, le Code civil français a défini la promesse synallagmatique de vente à l'article 1589 qui prévoit que « *la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix* ». L'article assimile donc la promesse synallagmatique de vente à la vente dans la mesure où le consentement

¹²⁹⁰ Cass. Com., 24 avril 1972, n° 71-10.327, Bull. civ. IV, no 120; Cass. 3^e ch. civ., 15 juin 1988, n° 87- 10.496.

¹²⁹¹ Cass. com., 8 novembre 1972, n° 71-12.459, Bull. civ. IV, n° 280; Cass. Com., 25 avril 1989, n° 87-17.281, Bull. civ. IV, n° 91, RTD civ. 1990, p.66, obs. Jacques MESTRE; Cass. Com., 22 octobre 1991, n° 90-10.798, Bull. civ. IV, n° 306.

¹²⁹² Cass. 3^e ch. civ., 13 novembre 2012, n° 11-23.602.

¹²⁹³ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, *op.cit.*, p.336.

¹²⁹⁴ Jean-Marc MOUSSERON, Jacques RAYNARD, Jean-Baptiste SEUBE, *Technique contractuelle*, *op.cit.*, n° 86, p.44 ; Dans le domaine de l'immobilier la promesse synallagmatique est parfois appelée compromis de vente. Mais, cette appellation est malheureuse dans la mesure où la promesse synallagmatique est un vrai contrat préparatoire donc la conception de compromis de vente est bien éloignée de la promesse synallagmatique de vente au sens juridique du terme.

¹²⁹⁵ Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat*, *op.cit.*, n° 254.

¹²⁹⁶ Jacques RAYNARD, Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des contrats spéciaux*, *op.cit.*, p.77 ; Voir dans le même sens, la Cour de cassation égyptienne Cass. civ., 12 avril 1983, n° 1845-49.

des deux parties de la promesse existe actuellement et irrévocablement. Cependant, la Cour de cassation a décidé que « *la règle selon laquelle la promesse de vente vaut vente n'a qu'un caractère supplétif* »¹²⁹⁷. De ce fait, la promesse synallagmatique de vente n'équivaut pas de façon automatique et forcément à une vente, parce qu'elle peut constituer un contrat préparatoire autonome qui ne se confond pas avec la vente projetée¹²⁹⁸. Au contraire, le Code civil égyptien n'a inclus aucun article pour organiser la promesse synallagmatique de vente. On croit que le Code civil égyptien n'a pas besoin d'avoir un tel texte en présence de la théorie générale de la promesse inscrite dans l'article 101.

Sous-section 2 : La nature juridique des promesses de contrat

441. La définition des promesses de contrat conduit à s'interroger sur l'importance de la nature juridique de ces promesses. Cette nature juridique soulève certaines questions. La promesse unilatérale de contrat et la promesse synallagmatique de contrat ont-elles la même nature ? Les promesses ont-elles la même nature en droit français et égyptien ? Ces promesses peuvent-elles être confondues avec le contrat définitif ? Afin de répondre à ces questions et à d'autres, il convient d'étudier la nature de la promesse unilatérale de contrat (§1), avant de s'intéresser à la nature de la promesse synallagmatique de contrat (§2).

§1 : La nature juridique de la promesse unilatérale de contrat

442. En droit français et en droit égyptien¹²⁹⁹, deux éléments permettent de comprendre la nature juridique de la promesse unilatérale : le contrat préparatoire¹³⁰⁰ et le contrat unilatéral¹³⁰¹. En ce qui concerne le premier élément,

¹²⁹⁷ Cass. 3^e ch. civ., 10 mai 2005, n° 03-19.238, Lamyline, RDC, 2005, p.1076, note François COLLART- DUTILLEUL.

¹²⁹⁸ Jean-Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL, Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat*, *op.cit.*, p.360.

¹²⁹⁹ Abdelaziz HAMOOD, *Les aspects juridiques de la phase de négociation*, *op.cit.*, p.34.

¹³⁰⁰ Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, *op.cit.*, p.284.

il s'agit d'un contrat préparatoire. D'une part, la promesse unilatérale est un acte conventionnel¹³⁰², présenté comme un véritable contrat¹³⁰³ dans le sens littéral où il contient l'offre du promettant et l'acceptation du bénéficiaire s'il veut contracter, issue de la rencontre des consentements définitifs entre les parties de la promesse¹³⁰⁴. La promesse unilatérale de contrat doit être clairement distinguée de l'offre de contracter¹³⁰⁵, parce que la promesse constitue un véritable contrat et non pas une simple offre de contracter. Ceci n'est pas le cas dans l'offre de contracter¹³⁰⁶ qui constitue une manifestation unilatérale de volonté. Il en résulte que, le bénéficiaire d'une promesse unilatérale est placé dans une relation contractuelle avec son promettant, il a donc une position juridique plus solide que celle du destinataire d'une offre de contracter. Ainsi, en principe l'offre est librement révocable, alors que la promesse unilatérale de contracter reflète l'engagement immédiat et définitif de conclure le contrat¹³⁰⁷. Également, si l'incapacité ou le décès du pollicitant rendent l'offre caduque, « *le caractère contractuel de la promesse unilatérale implique que ces deux événements n'ont pas d'effet sur la promesse, les héritiers ou le représentant du promettant* »¹³⁰⁸ qui se trouvent donc tenus, comme leur auteur l'était¹³⁰⁹. D'autre part, la promesse

¹³⁰¹ Teddy FRANCISOT, *Controverses sur la promesse unilatérale de contrats après la réforme du 10 février 2016*, AJ contrat 2016, p.497.

¹³⁰² Jacques RAYNARD, Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des contrats spéciaux*, op.cit., p.63.

¹³⁰³ Yvaine BUFFELAN-LANORE, Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, op.cit., p.343.

¹³⁰⁴ Mohamed ABOU-ZAID, *Les négociations dans le cadre contractuel*, La revue de droit et d'économie, université Ain Shams, 2005, n° 47, p.115.

¹³⁰⁵ Nabil Ibrahim SAAD, *Les contrats nommés, le contrat de vente*, op.cit., p.89.

¹³⁰⁶ Jean-Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL, Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat*, op.cit., p.329.

¹³⁰⁷ Denis MAZEAUD, *Promesse unilatérale de vente : la Cour de cassation a ses raisons*, Recueil Dalloz, 2011, p.1457.

¹³⁰⁸ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, op.cit., p.311.

¹³⁰⁹ Cass.3^e ch. civ., 8 septembre 2010, n° 09-13345. Bull, III, n° 153, D.211.447, obs. Amrani-MEKKI.

unilatérale est un contrat préparatoire¹³¹⁰ parce que, les parties de la promesse ne le concluent pas pour elle-même, mais pour préparer la conclusion d'un contrat projeté. Pour le dire autrement, son objet est seulement de faciliter la conclusion du contrat définitif¹³¹¹.

443. En ce qui concerne le second élément qui est la promesse unilatérale, elle fait référence à un contrat unilatéral¹³¹². Malgré les échanges de consentement entre les parties de la promesse, le bénéficiaire de la promesse n'est pas réciproquement obligé à conclure, il a toute liberté d'accepter ou refuser de contracter. Au contraire le promettant de la promesse s'engage à conclure le contrat projeté¹³¹³. Ceci est conforme à la définition du contrat unilatéral figurant à l'article 1106 alinéa 2 du Code civil français qui dispose qu' « *il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres sans qu'il y ait d'engagement réciproque de celles-ci* »¹³¹⁴. En revanche, il arrive en pratique que la promesse unilatérale peut parfois constituer un contrat synallagmatique dans l'hypothèse d'une indemnité d'immobilisation. Dans ce cas, l'obligation de verser une somme d'argent payée par le bénéficiaire de la promesse à son promettant confère à la promesse unilatérale la nature d'une promesse synallagmatique¹³¹⁵, c'est-à-dire que la promesse unilatérale de contrat peut avoir un caractère gratuit ou onéreux. En principe la promesse unilatérale est un contrat à titre gratuit, dans ce cas le bénéficiaire ne prend aucune obligation à la conclusion du contrat promis. Cependant, dans l'hypothèse d'une promesse unilatérale à titre onéreux, le promettant entend acquérir de la part du bénéficiaire de la promesse un avantage considéré par lui comme équivalent à sa prestation

¹³¹⁰ Mustapha MEKKI, *Les contrats préparatoires : principes et clause contractuelles*, JCP N, 2016, p.1112.

¹³¹¹ Mohamed Hassan KASSEM, *Le droit civil, les obligations, le contrat op.cit.*, p.182 ; Jacques GHESTIN, Bernard DESCHÉ, *Traité des contrats, la vente*, LGDJ, 1990, p.165.

¹³¹² Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op.cit.*, p.241.

¹³¹³ Christian LARROUMET, Sarah BROS, *Traité de droit civil, les obligations, le contrat, op.cit.*, p.279.

¹³¹⁴ Il n'y a pas d'article similaire dans le Code civil égyptien.

¹³¹⁵ Christian LARROUMET, Sarah BROS, *Traité de droit civil, les obligations, le contrat, op.cit.*, p.280.

comme une contrepartie au droit d'option ¹³¹⁶ (indemnité d'immobilisation) ¹³¹⁷, analysé par la jurisprudence comme le prix de la promesse ¹³¹⁸ ou le prix de l'exclusivité consentie, si le bénéficiaire décidait de ne pas lever l'option ¹³¹⁹.

§2 : *La nature juridique de la promesse synallagmatique de contrat*

444. Sans aucun doute, la promesse synallagmatique constitue un contrat synallagmatique par lequel les parties à la promesse s'engagent réciproquement l'une envers l'autre. Ceci est une question tout à fait conforme à la définition du législateur français du contrat synallagmatique à l'article 1106 alinéa 1 du Code civil qui prévoit que « *le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres* »¹³²⁰. Dès lors, la promesse synallagmatique de contrat se distingue de la promesse unilatérale de contrat qui engage uniquement le promettant, le bénéficiaire reste libre de conclure ou pas le contrat projeté¹³²¹. Cette promesse synallagmatique de contrat se distingue des négociations précontractuelles qui ont seulement le rôle d'aider à la formation de la volonté définitive des pré-contractants, contrairement à la promesse synallagmatique qui renferme l'engagement réciproque des parties de conclure le contrat projeté¹³²².

¹³¹⁶ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, *op.cit.*, p.311; Nabil Ibrahim SAAD, *Les contrats nommés, le contrat de vente*, *op.cit.*, p.89.

¹³¹⁷ Françoise BÉNAC-SCHMIDT, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, LGDJ,1983, p.143 ; Nabil Ibrahim SAAD, *Les contrats nommés, le contrat de vente*, *op.cit.*, p.97.

¹³¹⁸ Selon certains auteurs, si la promesse s'analyse comme un contrat à titre onéreux, mais toujours pas en promesse synallagmatique, parce que dans la promesse unilatérale de vente, seul le promettant donne son consentement à vendre, le bénéficiaire reste libre de ne pas acheter, à l'inverse de la promesse synallagmatique de vente où le promettant s'engage à vendre et le bénéficiaire s'engage à acheter,Voir, Jacques RAYNARD, Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des contrats spéciaux*, *op.cit.*, p.64.

¹³¹⁹ Jean-Claude MONTANIER, *Le contrat*, presses universitaires de Grenoble, 4^e éd, 2006, p.42.

¹³²⁰ Il n'y a pas d'article similaire dans le Code civil égyptien

¹³²¹ Cass. com., 6 mai 2014, n° 13-17.349, RTD civ, 2014, p.642, obs. Hugo BARBIER.

¹³²² Louis BOYER, *Les promesses synallagmatiques de vente, contribution à l'étude des avant contrat*. RTD civ.1949, p.1 ; Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase*

445. La question qui découle donc est : la promesse synallagmatique de contrat est-elle un contrat préparatoire ou un contrat définitif ? La raison de la confusion entre les deux contrats est que la conclusion d'une promesse synallagmatique signifie que les deux parties à la promesse ont déjà donné leur consentement au contrat final¹³²³. Il est donc légitime de se demander si la promesse synallagmatique de contrat peut vraiment être un contrat préparatoire ou pas. Pour la majorité des auteurs français et égyptiens¹³²⁴, techniquement, la promesse synallagmatique de contrat est un contrat préparatoire « *en vertu duquel chacune des parties s'engage envers l'autre à conclure le contrat définitif* »¹³²⁵. Dans le même sens, selon un autre auteur, la promesse synallagmatique de contrat est un contrat préparatoire « *car le contrat définitif n'interviendra que par la suite (dans les promesses synallagmatiques de vente, le transfert de propriété est d'ailleurs toujours différé au jour de l'acte définitif)* »¹³²⁶. En pratique, il y a des hypothèses dans lesquelles on peut affirmer que la promesse synallagmatique est un contrat préparatoire et elle ne peut pas être assimilée au contrat préparé, comme dans l'hypothèse de l'absence d'un élément nécessaire pour l'existence du contrat définitif¹³²⁷. Par exemple, dans la vente, le prix de la chose vendue est un élément nécessaire, si cet élément requis par la loi comme une condition d'existence d'un contrat définitif fait défaut, dans tel cas on ne peut pas admettre que l'engagement est une promesse synallagmatique de vente¹³²⁸. Dès lors, la promesse synallagmatique dans tel cas constitue un contrat préparatoire à une vente future, dont l'exécution sera assurée par d'autre contrat de vente qui viendra

précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen, op.cit., p.336.

¹³²³ Hugues KENFACK, Solène RINGLER, *Droit des contrats spéciaux, op.cit.*, p.53.

¹³²⁴ Mohamed Hassan KASSEM, *Le droit civil, les obligations, le contrat op.cit.*, p.182.

¹³²⁵ Christian LARROUMET, Sarah BROS, *Traité de droit civil, les obligations, le contrat, op.cit.*, p.264.

¹³²⁶ Alain BENABENT, *Droit des obligations, à jour de la réforme de 2016 et des projets de 2017, op.cit.*, p.81.

¹³²⁷ Christian LARROUMET, Sarah BROS, *Traité de droit civil, les obligations, le contrat, op.cit.*, p.266.

¹³²⁸ Cass. 1^{re} ch. civ., 21 février 1995, n° 92-18.394, inédit.

le compléter, notamment les éléments nécessaires qui ne sont pas déterminés dans la promesse synallagmatique¹³²⁹.

446. La question la plus importante qui était une source de controverse : est-ce que la promesse synallagmatique de vente est un contrat préparatoire ? La doctrine française¹³³⁰ est divisée sur cette question : la première tendance estime qu'en principe l'analyse de l'article 1589 du Code civil français lui-même conduit à une réponse négative à cette question, parce que ce texte d'une manière claire et non équivoque confirme que « *la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix* ». Ceci signifie que cet article refuse l'existence autonome de la promesse synallagmatique de vente puisqu'elle compte tous les éléments essentiels de la vente¹³³¹. Donc, la promesse synallagmatique de contrat est un contrat définitif¹³³² conclu sous condition ou terme. Autrement dit, le législateur français équivaut entre la promesse synallagmatique de vente et la vente¹³³³. Cette égalité peut être justifiée en disant qu'au moment de la conclusion de la promesse synallagmatique du contrat, toutes les conditions de sa validité ont déjà été remplies (le consentement définitif des parties à la vente détermine, le prix et la chose). Il sera donc difficile de qualifier de contrat en tant que contrat préparatoire¹³³⁴. C'est pourquoi l'ordonnance n'a pas consacré la promesse synallagmatique de contrat dans les avant-contrats¹³³⁵. Dans cette direction, à en croire un autre auteur, la

¹³²⁹ Christian LARROUMET, Sarah BROS, *Traité de droit civil, les obligations, le contrat, op.cit.*, p.265.

¹³³⁰ Bertrand FAGES, *Droit des obligations, op.cit.*, p.71 ; Yvaine BUFFELAN-LANORE, Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op.cit.*, p. 346.

¹³³¹ Pascal PUIG, *Contrats spéciaux, op.cit.*, p.195.

¹³³² Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU, Yves-Marie SERINET, *La formation du contrat, tome 1 : Le contrat - Le consentement, op.cit.*, n° 833, p.611.

¹³³³ Philippe MALINVAUD, Dominique FENOUILLET, Mustapha MEKKI, *Droit des obligations*, 14^e éd, Lexis Nexis, 2017, p.143 ; Mustapha MEKKI, *Droit des contrats*, Recueil Dalloz, 22 février 2018, n° 7-7764, p.377.

¹³³⁴ Béatrice BOURDELOIS, *Droits des contrats spéciaux, op.cit.*, p.11.

¹³³⁵ Il convient de noter que le rapport au président de la république relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations dans sa page 6 à indiquer que « *sont ensuite traités les deux avant contrats les plus*

promesse synallagmatique de vente, selon l'article 1589 et la jurisprudence ferme de la Cour de cassation, ne peut être un contrat préparatoire mais elle constitue soit une vente, soit un simple projet quand les parties ne donnent pas leur consentement définitif. À la lumière de ce qui précède, pourquoi parle-t-on de la promesse de vente et non pas de vente ? Les partisans de cette tendance répondent à cette question en disant que la promesse est en effet un contrat de vente qui a déjà été conclu entre les parties, mais son exécution est toujours en suspens à un terme ou à une condition suspensive a été convenue par les parties¹³³⁶. Ainsi, ce retard dans la mise en œuvre de la promesse pour une raison quelconque ne transforme pas cette promesse en un contrat préparatoire, mais elle reste toujours un contrat définitif.

447. À l'encontre de l'analyse classique, la deuxième tendance considère que la promesse synallagmatique de vente ne vaut pas vente et dans ce cas elle constitue un contrat préparatoire en tant qu'exception. Selon les partisans de cette tendance, la promesse synallagmatique de la vente ne peut pas constituer un contrat de vente parfait dans tous les cas, malgré l'échange de consentements des parties et bien que la promesse soit un contrat consensuel, parce qu'il est courant que les parties subordonnent la conclusion du contrat définitif par l'accomplissement d'une formalité supplémentaire¹³³⁷. En pratique, il faut distinguer deux hypothèses : la première, si les parties conviennent de subordonner la conclusion du contrat définitif à une formalité complémentaire comme une condition de preuve. Dans ce cas, cette condition s'analyse comme une modalité de vente ou un élément accessoire. Dès lors, la vente est alors

fréquents que sont le pacte de préférence et la promesse unilatérale (sous-section 3) ». Ce qui signifie que le législateur français considère explicitement que les contrats préparatoires sont seulement deux contrats (le pacte de préférence et la promesse unilatérale). Ainsi, le législateur n'admet pas explicitement que la promesse est considérée comme un contrat préparatoire. Par conséquent, il est peu probable que la promesse soit admissible à titre de contrat préparatoire.

¹³³⁶ Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU, Yves-Marie SERINET, *La formation du contrat, tome 1: le contrat - le consentement, op.cit.*, p.610 ; Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Pierre-Yves GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux, op.cit.*, p.92.

¹³³⁷ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen, op.cit.*, p.334.

définitivement conclue, mais les effets sont retardés à la réalisation de la formalité. Ainsi, la promesse dans tel cas n'est rien d'autre qu'une vente mal qualifiée, conditionnelle ou à terme¹³³⁸. La deuxième hypothèse, si les parties conviennent de subordonner la conclusion du contrat définitif à une formalité complémentaire comme une condition de validité du contrat¹³³⁹ et non seulement une condition de preuve du contrat¹³⁴⁰. Dès lors, si cette condition n'est pas remplie le contrat définitif ne peut se former¹³⁴¹. Il en résulte que la promesse synallagmatique de vente dans tel cas constituera un contrat préparatoire. À cet égard, selon l'un des auteurs la promesse synallagmatique de vente « *par laquelle les parties ont reporté la date de la formation de la vente à la réitération – envisagée, comme certaine et obligatoire – de l'acte sous seing privé en la forme authentique, à la nature d'un contrat préparatoire* »¹³⁴². Enfin, il faut noter que selon certains auteurs, la promesse synallagmatique valant vente constitue un avant-contrat. Bien que la promesse de vente qui ne vaut pas vente constitue un simple accord de principe¹³⁴³.

448. L'examen de la jurisprudence en la matière révèle que la Cour de cassation française a pris une position médiane sur cette question. Elle a considéré que le caractère essentiel du terme ou de la condition qui est associé à la promesse est soumis à l'interprétation de la volonté réelle des parties. Dès lors, elle a institué comme principe « *la promesse de contrat vaut contrat* » ou plus précisément « *la promesse de vente vaut vente* »¹³⁴⁴ et comme exception « *la*

¹³³⁸ Pascal PUIG, *Contrats spéciaux*, op.cit., p.195.

¹³³⁹ Cass. 3^e ch. civ., 2 mai 1978, inédit, D. 979.317, note Joanna SCHMIDT.

¹³⁴⁰ Cass. 3^e ch. civ., 2 avril 1979, Bull. civ. III, n° 81, p.63 ; JCP G, 1981.II.19697, note Michel DAGOT.

¹³⁴¹ Pascal PUIG, *Contrats spéciaux*, op.cit., p.195.

¹³⁴² Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, op.cit., p.346.

¹³⁴³ Voir notamment, Hugues KENFACK, Solène RINGLER, *Droit des contrats spéciaux*, op.cit., p.53 et s.

¹³⁴⁴ Cass. 3^e ch. civ., 12 octobre 1994, n° 92-16.061, Defrénois, 1995, obs. Denis MAZEAUD ; Cass. 3^e ch. civ., 17 juillet 1997, n° 96-20.064.

promesse de contrat ne vaut pas contrat »¹³⁴⁵ ou « *la promesse de vente ne vaut pas vente* ». Le principe a été confirmé et réaffirmé par la Cour de cassation dans plusieurs de ses arrêts¹³⁴⁶. Dans un arrêt récent de la Cour de cassation, elle a jugé que « *la vente est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé et que la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix* »¹³⁴⁷. Dans le même sens, la Cour de cassation a affirmé qu'« *en application de l'article 1589 du Code civil, la promesse synallagmatique de vente vaut vente dès lors qu'il y a accord sur la chose et le prix ; que l'obligation de réitérer la vente par acte authentique ne constitue qu'une modalité d'exécution du contrat faisant peser sur chacune des parties une obligation de faire que dès lors que les diverses conditions suspensives stipulées dans la promesse au profit de l'une ou l'autre des parties sont accomplies et que la vente est de ce fait devenue ferme et définitive* »¹³⁴⁸. L'exception a également été confirmée par la Cour de cassation dans ses arrêts par exemple la Cour de cassation a jugé que « *la promesse de vente vaut vente n'a qu'un caractère supplétif* »¹³⁴⁹. Dans le même contexte, la Cour de cassation a annoncé que « *la promesse de vente ne valait pas vente parfaite au jour de sa signature* »¹³⁵⁰. Il est donc très important que les parties définissent explicitement l'objectif de la procédure formelle convenue, en indiquant bien qu'ils entendent constituer la formalité comme une condition de

¹³⁴⁵ Philippe MALAURIE, Laurent. AYNÈS, Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op.cit.*, p.242.

¹³⁴⁶ Cass. 3^e ch. civ., 03 mai 2018, n° 17-15258 ; Cass. 3^e ch. civ., 25 janvier 2018, n° 16-28332 ; Cass. 3^e ch. civ., 12 avril 2018, n° 17-13398 ; Cass. 3^e ch. civ., 30 novembre 2017, n° 16-28268 ; Cass. 3^e ch. civ., 15 mars 2018, n° 17-14043 ; Cass. 3^e ch. civ., 12 octobre 2017, n° 16-24323 ; Cass. 3^e ch. civ., 14 septembre 2017, n° 16-15872 ; Cass. 3^e ch. civ., 19 janvier 2017, n° 15-28791 ; Cass. 3^e ch. civ., 05 janvier 2017, n° 15-14894 ; Cass. 3^e ch. civ., 27 octobre 2016, n° 15-23845 ; Cass. 3^e ch. civ., 30 juin 2016, n° 15-18647.

¹³⁴⁷ Cass.1^{re} ch. civ., 06 juin 2018, n° 17-20236.

¹³⁴⁸ Cass. 3^e ch. civ., 29 mars 2018, n° 16-28732.

¹³⁴⁹ Cass. 3^e ch. civ., 10 mai 2005, n° 03-19.238, inédit.

¹³⁵⁰ Cass. Com., 25 septembre 2012, n° 11-24.524, inédit.

formation du contrat ou une condition de preuve¹³⁵¹. Or en pratique, les parties de la promesse explicitent rarement l'objectif juridique des formalités convenues. Ainsi, le rôle des juges du fond apparaît dans l'interprétation de la volonté des parties dans tel cas.

449. À l'égard du droit égyptien, la doctrine égyptienne a unanimement considéré que la promesse synallagmatique de vente n'est pas une vente¹³⁵², elle est plutôt un contrat préparatoire pour la vente¹³⁵³, un contrat complètement autonome du contrat de vente¹³⁵⁴ dans lequel les obligations des parties sont réciproques. Donc, afin de conclure le contrat définitif (le contrat de vente), le promettant s'engage à faire le nécessaire pour conclure le contrat de vente, si le bénéficiaire manifeste son désir de conclure le contrat dans le délai imparti. En revanche, la Cour de cassation égyptienne a une autre opinion en la matière, puisqu'elle considère que la promesse synallagmatique de vente est un contrat définitif tel qu'un contrat de vente (la promesse de vente vaut vente). Dans ce sens, elle a jugé que si le promettant et le bénéficiaire s'accordent dans une promesse synallagmatique de vente de vendre un terrain à un prix déterminé, cette promesse est considérée comme un contrat de vente parfait entre les parties. Dès lors, elle produit tous les effets du contrat de vente, même si les parties n'ont pas déterminé la superficie exacte du terrain vendu¹³⁵⁵.

Section 2 : Le régime juridique des promesses de contrat

450. Après avoir étudié la définition de ces promesses et après la confirmation qu'elles (promesse unilatérale, promesse synallagmatique) sont en fin de compte des contrats. Il faut désormais s'intéresser aux conditions de fond et parfois aux conditions de forme afin que ces contrats soient valides. Une fois ces conditions sont remplies, ces promesses produisent des effets juridiques comme

¹³⁵¹ Voir dans ce sens, Hugues KENFACK, *À la recherche des critères d'une promesse de vente qui ne vaut pas vente*, RLDC 2006/23, n°939.

¹³⁵² Mohamed Hussein Abd EL-ALL, *Les Conventions des Négociations contractuelles*, op.cit., p.86.

¹³⁵³ Mohamed Hassan KASSEM, *Le droit civil, les obligations, le contrat* op.cit., p.182.

¹³⁵⁴ Nabil Ibrahim SAAD, *Les contrats nommés, le contrat de vente*, op.cit., p.93.

¹³⁵⁵ Cass. civ., 5 mai 1972, n° 22-101.

tout contrat. Cependant, les conditions et les effets de ces promesses soulèvent certaines questions en droit français et égyptien. L'étude du régime juridique des promesses de contrat nécessite d'abord d'examiner les conditions de validité des promesses de contrat (Sous-section 1), et d'analyser ensuite les effets des promesses de contrat (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Les conditions de validité des promesses de contrat

451. La promesse unilatérale et la promesse synallagmatique, en tant que contrats en droit français et égyptien, sont soumises aux règles prévues respectivement aux articles 1128 du Code civil français (le consentement, la capacité, le contenu licite et certain)¹³⁵⁶, et les articles 89 à 137 du Code civil égyptien (le consentement, l'objet et la cause)¹³⁵⁷. Ces promesses de contrat peuvent être originales en ce qui concerne certaines conditions de forme. Il convient donc d'axer, les conditions de fond des promesses de contrat (§1). Puis, il faut traiter les conditions de forme des promesses de contrat (§2).

§1 : Les conditions de fond des promesses de contrat

452. La promesse, soit unilatérale soit synallagmatique, est un contrat. Elle doit donc remplir les conditions de fond. Ces dernières doivent être remplies lors de la conclusion de ces promesses¹³⁵⁸. La première de ces conditions en droit français¹³⁵⁹ et égyptien¹³⁶⁰ est le consentement. Cela signifie que les parties à la promesse unilatérale ou synallagmatique doivent donner leur consentement à la conclusion de la promesse de contrat, mais le problème réside dans la distinction du consentement nécessaire à la formation de la promesse unilatérale et celui

¹³⁵⁶ V. *supra* n° 320 et s.

¹³⁵⁷ V. *supra* n° 341 et s.

¹³⁵⁸ Jean-Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL, Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat, op.cit.*, p.333.

¹³⁵⁹ Vivien ZALEWSKI-SICARD, *L'impact des règles relatives au consentement en droit immobilier*, RD imm, 2016, p.326.

¹³⁶⁰ Rajab Karim Abd ALLAH, *La négociation d'un contrat, op.cit.*, p.366.

nécessaire à la formation de la promesse synallagmatique¹³⁶¹. D'une part, dans le cadre de la promesse synallagmatique, les deux parties donnent leur consentement définitif au contrat projeté lors de la conclusion de la promesse. D'autre part, en ce qui concerne la promesse unilatérale, le promettant en concluant la promesse, donne son consentement définitif au contrat promis¹³⁶². En revanche, le bénéficiaire ne donne pas son consentement définitif au contrat définitif lors de la conclusion de la promesse. Donc, si le bénéficiaire n'a pas accepté l'offre de son promettant le contrat définitif n'est pas formé¹³⁶³. Ainsi, le bénéficiaire de la promesse unilatérale peut donner son consentement à la conclusion de la promesse qui se manifeste par la levée d'option, soit de manière expresse (lettre recommandée, la signature de la promesse unilatérale), soit de manière tacite (le bénéficiaire fait un acte qui prouve son intention de conclure le contrat). Ce qui est important dans ce cas, c'est l'arrivée du consentement à son promettant d'une manière claire et non ambiguë. En plus, il est nécessaire que le consentement du bénéficiaire soit en concordance avec les éléments essentiels et les conditions prévues dans l'offre de son promettant. Il faut ainsi que le consentement des parties à la promesse soit valablement exprimé et exempt de tout vice de consentement¹³⁶⁴. Dès lors, il y a des possibilités d'appliquer la théorie des vices du consentement sur la promesse, soit unilatérale, soit synallagmatique, qui peut être annulée pour erreur, dol ou violence¹³⁶⁵.

¹³⁶¹ Marianne FAURE-ABBAD, *L'impact des règles sur la conclusion des contrats*, RDI, 2016, p.316.

¹³⁶² Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat*, op.cit., n° 241 ; Abdelaziz HAMOOD, *Les aspects juridiques de la phase de négociation*, op.cit., p.35 ; Voir dans le même sens l'arrêt de la Cour cassation égyptien, Cass. civ., 12 juin 1984, n° 35-1627.

¹³⁶³ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, op.cit., p.320.

¹³⁶⁴ Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU, Yves- MARIE SERINET, *La formation du contrat, tome 1: le contrat - le consentement*, op.cit., p.601 ; Nabil Ibrahim SAAD, *Les contrats nommés, le contrat de vente*, op.cit., p.91.

¹³⁶⁵ Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat*, op.cit., n° 225.

453. En droit français et égyptien¹³⁶⁶, la capacité est la deuxième condition de validité de la promesse unilatérale ou synallagmatique. La promesse comme tout contrat, sera valable seulement si le promettant et le bénéficiaire ont la capacité de contracter. En droit français¹³⁶⁷, le moment auquel la capacité est déterminée diffère en fonction de la qualité des parties. Premièrement, le promettant doit avoir une pleine capacité de contracter le contrat définitif (la capacité de disposer) à la date de la conclusion de la promesse, soit la promesse unilatérale ou synallagmatique, parce qu'il assume l'obligation irrévocablement une fois qu'il a conclu la promesse¹³⁶⁸. Deuxièmement, dans le cadre de la promesse synallagmatique, le bénéficiaire doit avoir la pleine capacité de contracter le contrat définitif à la date de la conclusion de la promesse synallagmatique. Il est exigé que, dans le cas d'une promesse de vente, l'acquéreur ait la capacité et le pouvoir d'acheter le bien. En revanche, dans le cadre de la promesse unilatérale, la pleine capacité du bénéficiaire doit exister le jour de la conclusion du contrat définitif, et pas le jour de la conclusion de la promesse unilatérale, puisque c'est le moment de la levée de l'option¹³⁶⁹. Cela signifie que la doctrine a différencié l'acceptation de la promesse unilatérale et la levée de l'option¹³⁷⁰. L'acceptation de la promesse unilatérale a « *pour but de former le contrat préparatoire en engageant le promettant et en donnant également au bénéficiaire le droit d'option. La levée de l'option, en revanche, emporte la formation du contrat définitif* »¹³⁷¹. Cette distinction a une importance en pratique, par exemple, l'obligation d'enregistrement de la promesse posée par

¹³⁶⁶ Mohamed Hassan KASSEM, *Le droit civil, les obligations, le contrat op.cit.*, p.183.

¹³⁶⁷ Lionel ANDRREU, Nicolas THOMASSIN, *Cours de droit des obligations, op.cit.*, p.123 ; Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen, op.cit.*, p.320.

¹³⁶⁸ Nabil Ibrahim SAAD, *Les contrats nommés, le contrat de vente, op.cit.*, p.91.

¹³⁶⁹ Jean-Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL, Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat, op.cit.*, p.333 ; Nabil Ibrahim SAAD, *Les contrats nommés, le contrat de vente, op.cit.*, p.92.

¹³⁷⁰ Jacques RAYNARD, Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des contrats spéciaux, op.cit.*, p.67.

¹³⁷¹ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen, op.cit.*, p.313.

l'article 1582 aliéna 2 du Code civil français ne s'applique qu'à la levée de l'option. Ainsi, cette distinction est très utile dans le cadre d'une promesse unilatérale de vente pour déterminer le moment à partir duquel le transfert de la propriété du bien peut se réaliser. Pourtant, en droit égyptien, la promesse unilatérale ou synallagmatique est un contrat préparatoire, donc la capacité requise lors de la conclusion de la promesse est simplement la capacité d'exercice pour le promettant et le bénéficiaire¹³⁷².

454. La troisième condition est : le contenu licite et certain prévu à l'article 1128 du Code civil français, ce qui équivaut à la condition de l'objet certain en droit égyptien ¹³⁷³. D'une part, la promesse unilatérale ou synallagmatique doit avoir un contenu licite¹³⁷⁴, c'est-à-dire que la promesse ne peut produire des prestations ou des obligations dont l'objet est contraire à la loi et l'ordre public comme tous les contrats, d'après le nouvel article 1162 du Code civil français et son homologue égyptien l'article 136 du Code civil. La condition de licéité à l'égard de la promesse peut avoir un double sens. Le premier sens, selon la règle générale, seuls les biens et les choses qui sont dans le commerce juridique peuvent être contractés. Le deuxième sens est le plus étroitement lié à la promesse unilatérale de vente, est que le promettant doit être le propriétaire du bien, qu'il promet de transférer sa propriété dès le moment de la promesse. D'autre part, la promesse unilatérale ou synallagmatique doit avoir un contenu certain conformément à l'article 1163 du Code civil français, et un objet certain selon les articles 131 à 135 du Code civil égyptien¹³⁷⁵. La question de la certitude n'empêche pas la promesse d'avoir tout contenu dans le commerce, à la condition de ce contenu, la promesse doit être déterminée ou déterminable dès le moment de la promesse. Ainsi, le contenu d'une promesse peut porter également sur des biens futurs, « à l'exception de ceux inclus dans une succession qui n'a pas été

¹³⁷² Nabil Ibrahim SAAD, *Les contrats nommés, le contrat de vente, op.cit.*, p.91.

¹³⁷³ Abd El Razaq Al SANHOURI, *Al Waseet, La théorie générale de l'obligation, tome1, Le contrat, op.cit.*, p.209.

¹³⁷⁴ V. *supra* n° 338 et s.

¹³⁷⁵ Hamid Tag- El SER, *Les dispositions contractuelles et la responsabilité contractuelle, op.cit.*, p.80 et s.

ouverte »¹³⁷⁶. Le contenu de la promesse doit être également conforme aux éléments essentiels du contrat préparé¹³⁷⁷.

455. La promesse de vente unilatérale ou synallagmatique¹³⁷⁸ doit comporter les éléments essentiels de la vente à venir, qui doivent être déterminés ou au moins déterminables¹³⁷⁹, ceci signifie que la promesse de vente requiert la détermination de la chose et du prix dans les mêmes conditions que la vente elle-même¹³⁸⁰. Ces éléments essentiels sont mentionnés par l'article 1124 du Code civil français qui prévoit que « (...) *dont les éléments essentiels sont déterminés* ». Et l'article 101 du Code civil égyptien qui dispose que « (...) *si tous les points essentiels du contrat envisagé et le délai dans lequel ce contrat doit être conclu sont précisés* ». Dans ce sens, la Cour de cassation égyptienne a jugé qu'« *il ne saurait y avoir de vente valable sans détermination de la chose et du prix* »¹³⁸¹.

456. Donc, les éléments essentiels en droit français sont la chose et le prix et en droit égyptien ce sont la chose, le prix et la durée. En premier lieu, en ce qui concerne la chose vendue, elle ne soulève alors aucune difficulté, elle est soumise aux règles générales de la vente elle-même, elle doit donc être déterminée ou au moins déterminable, aliénable¹³⁸², et elle doit exister¹³⁸³.

457. En deuxième lieu, comme pour la chose, il doit y avoir accord entre les parties sur le prix selon l'article 1591 du Code civil français qui dispose que

¹³⁷⁶ Jean-Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL, Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat*, *op.cit.*, p.333.

¹³⁷⁷ Dimitri HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, *op.cit.*, p.147.

¹³⁷⁸ Jacques RAYNARD, Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des contrats spéciaux*, *op.cit.*, p.82.

¹³⁷⁹ Rajab Karim Abd ALLAH, *La négociation d'un contrat*, *op.cit.*, p.366.

¹³⁸⁰ Mohamed Hassan KASSEM, *Le droit civil, les obligations, le contrat* *op.cit.*, p.184.

¹³⁸¹ Cass. civ., 23 janvier 1964, n° 53-29 ; Cass. civ., 13 avril 1987, n° 1452-54.654.

¹³⁸² L'article 1598 « *Tout ce qui est dans le commerce peut être vendu lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation* ». Aussi, l'article 132 du Code civil égyptien « *si l'obligation a pour objet une chose impossible en soi, le contrat est nul* ».

¹³⁸³ L'article 1601 alinéa 1 « *La vente d'immeubles à construire est celle par laquelle le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat. Elle peut être conclue à terme ou en l'état futur d'achèvement* ». Dans le même sens, l'article 131 du Code civil égyptien dispose que « *les choses futures peuvent être objet d'une obligation* ».

« *le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties* »¹³⁸⁴. Le prix est donc un élément essentiel de la promesse de vente et doit être fixé à la date de la conclusion de la promesse¹³⁸⁵. Le prix peut être déterminé ou déterminable¹³⁸⁶, c'est-à-dire qu'il soit susceptible d'être calculé, dans ce sens, l'article 423 du Code civil égyptien prévoit que « *la détermination du prix peut se limiter à l'indication des bases sur lesquelles ce prix sera fixé ultérieurement* ». Bien que la détermination du prix soit une condition essentielle, mais s'il n'est pas déterminé, la vente ne sera pas nulle conformément à l'article 424 du Code civil égyptien qui dispose que « *lorsque les contractants n'auront pas fixé le prix, la vente ne sera pas nulle s'il résulte des circonstances qu'ils ont entendu adopter les prix pratiqués généralement dans le commerce ou dans leurs rapports réciproques* ».

458. En troisième lieu, le Code civil égyptien stipule une troisième condition inégalée dans le Code civil français¹³⁸⁷ qui est la durée d'exercice du droit d'option¹³⁸⁸. Cet élément est requis par le législateur égyptien explicitement à l'article 101 du Code civil qui dispose que « (...) *le délai dans lequel ce contrat doit être conclu sont précisés* », cela signifie que la promesse unilatérale de vente, doit inclure la durée d'exercice du droit d'option qui peut être déterminée (un mois, ou un an) ou déterminable¹³⁸⁹, si elle peut être calculée selon les termes de la promesse¹³⁹⁰. Il en résulte que la Cour de cassation égyptienne a confirmé que si les parties à la promesse unilatérale ne fixent pas dans leur promesse la durée

¹³⁸⁴ Il est déjà souligné que la nécessité de fixer le prix dans la promesse est l'élément le plus important de la différenciation entre lui et le pacte de préférence. V. *supra* n° 387 et s.

¹³⁸⁵ Abd El Razaq Al SANHOURI, *Al Waseet, La théorie générale de l'obligation, tome I, Le contrat, op.cit.*, p.209.

¹³⁸⁶ Nabil Ibrahim SAAD, *Les contrats nommés, le contrat de vente, op.cit.*, p.92.

¹³⁸⁷ Philippe Le TOURNEAU, Cyril BLOCH, André GIUDICELLI, Christophe GUETTIER, Jérôme JULIEN, Didier KRAJESKI, Matthieu POUMAREDE, *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation, op.cit.*, n° 3112.171, p.1145.

¹³⁸⁸ Nabil Ibrahim SAAD, *Les contrats nommés, le contrat de vente, op.cit.*, p.91.

¹³⁸⁹ Abd El Razaq Al SANHOURI, *Al Waseet, La théorie générale de l'obligation, tome I, Le contrat, op.cit.*, p.209.

¹³⁹⁰ Abdelaziz HAMOOD, *Les aspects juridiques de la phase de négociation, op.cit.*, p.34.

déterminée ou déterminable, la promesse est nulle et n'a aucun effet juridique¹³⁹¹. À l'inverse du législateur français qui ne requiert pas explicitement la condition de durée dans son article 1124 du Code civil. Toutefois, la doctrine¹³⁹² et la jurisprudence en France considèrent que la promesse unilatérale de contrat, doit inclure la durée d'exercice du droit d'option qui peut être déterminée ou déterminable¹³⁹³. En principe, les parties à la promesse unilatérale de contrat fixent dans leur promesse une durée déterminée destinée à restreindre dans un certain délai l'exercice de l'option par le bénéficiaire. Après l'achèvement de cette durée, la promesse devient caduque, car le bénéficiaire n'a pas levé l'option à temps¹³⁹⁴. Néanmoins, la jurisprudence française accepte que les parties prolongent expressément cette durée de l'option, mais le bénéficiaire de la promesse « *ne saurait se prévaloir de l'existence d'une prorogation tacite* »¹³⁹⁵. Si la durée d'exercice du droit d'option n'est pas délimitée, le bénéficiaire de la promesse peut opter à tout moment, mais au contraire, le promettant de la promesse peut mettre fin à la promesse à tout moment, en respectant un délai de préavis raisonnable¹³⁹⁶. Dans ce sens, la jurisprudence française oblige le promettant de la promesse à respecter un type de délai de notification en mettant le bénéficiaire de la promesse en demeure d'avoir à faire connaître son intention dans une durée raisonnable¹³⁹⁷. D'une manière générale, après l'expiration du délai exprès ou implicite, la promesse est caduque. Si le bénéficiaire de la promesse garde toujours le silence, et s'il n'a pas annoncé son intention de

¹³⁹¹ Mohamed Hassan KASSEM, *Le droit civil, les obligations, le contrat op.cit.*, p.184 ; Cass. civ., 6 mai 1954, n° 202-21.

¹³⁹² Pascal PUIG, *Contrats spéciaux, op.cit.*, p.183.

¹³⁹³ Jean-Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL, Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat, op.cit.*, p.354.

¹³⁹⁴ Michel GRIMALDI, Christophe VERNIÈRES, (Collectif), *Un an d'application de la réforme des contrats, quel impact sur la pratique notariale ?* 1^{re} éd, Defrénois, 2017, p.25 ; Cass. 3^e ch. civ., 11 juillet 2012, n° 10-21.703 ; Cass. 3^e ch. civ., 10 octobre 2012, n° 11-18.595.

¹³⁹⁵ Cass. 3^e ch. civ., 8 octobre. 2003, n° 02-11.953, Bull. civ. III, no 176, RTD civ. 2003, p.697, obs. Jacques MESTRE, Bertrand FAGES.

¹³⁹⁶ Jean-Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL, Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat, op.cit.*, p.355.

¹³⁹⁷ Jacques RAYNARD, Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des contrats spéciaux, op.cit.*, p.68 ; Cass. 3^e ch. civ., 24 avril 1970, n° 68-10.536, Bull. civ. III, n° 279.

contracter, la promesse unilatérale est donc réputée caduque à l'expiration de la durée raisonnable¹³⁹⁸. En revanche, si le promettant de la promesse accepte le paiement du prix par le bénéficiaire qui n'a pas levé l'option, dans cette hypothèse la jurisprudence a considéré que « *le promettant a renoncé à se prévaloir de la caducité de la promesse et, ainsi, il peut être contraint à passer la vente* »¹³⁹⁹. Autrement dit, il faut respecter les règles générales qui disposent que le bénéficiaire de la promesse dispose d'un délai de cinq ans¹⁴⁰⁰.

§2: Les conditions de forme des promesses des contrat

459. Selon les règles générales, les promesses sont des contrats consensuels qui ne nécessitent pas de formalité spécifique¹⁴⁰¹, mais dans certains cas, le législateur ou les parties exigent un certain nombre de formalités pour que la promesse soit valide. Ces formalités peuvent varier en fonction du type de promesse unilatérale ou synallagmatique. Il convient d'étudier dans un premier temps les conditions de forme de la promesse unilatérale de contrat (A). Puis dans un second temps, il convient d'examiner les conditions de forme de la promesse synallagmatique de contrat (B).

A : Les conditions de forme de la promesse unilatérale de contrat

460. Le principe en droit français¹⁴⁰² et égyptien, est que la promesse unilatérale de contrat est un contrat consensuel, qui se forme par le simple consentement du promettant et du bénéficiaire¹⁴⁰³. Cependant, puisque la promesse unilatérale de contrat participe à la formation du futur contrat de vente, elle doit donc déjà satisfaire à certaines formalités qui peuvent être exigées à la

¹³⁹⁸ Rana CHAABAN, *La caducité des actes juridiques, Étude de droit civil, op.cit.*, p.234.

¹³⁹⁹ Cass. 1^{er} ch. civ., 24 janvier 1995, n° 92-17.008 et 92-20.569, Bull. civ. I, n° 53.

¹⁴⁰⁰ Selon l'article 2224 du Code civil français qui prévoit que « *les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ».

¹⁴⁰¹ Hugues KENFACK, Solène RINGLER, *Droit des contrats spéciaux, op.cit.*, p.64.

¹⁴⁰² Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU, Yves-Marie SERINET, *La formation du contrat, tome 1: le contrat - le consentement, op.cit.*, p.602.

¹⁴⁰³ Jean-Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL, Daniel MAINGUY, *l'avant-contrat, op.cit.*, p.333.

vente¹⁴⁰⁴. Donc, afin de protéger le consentement de l'une des parties, la loi impose un certain formalisme¹⁴⁰⁵, le manquement à ce formalisme est sanctionné par nullité¹⁴⁰⁶. À titre d'exemple, en droit français, l'enregistrement est la seule condition de forme exigée pour la validité de la promesse unilatérale de vente¹⁴⁰⁷, selon l'article 1589 alinéa 2 du Code civil qui dispose qu' « *est nulle et de nul effet toute promesse unilatérale de vente afférente à un immeuble, à un droit immobilier, à un fonds de commerce, à un droit à un bail portant sur tout ou partie d'un immeuble ou aux titres des sociétés visées aux articles 728 et 1655 ter du Code général des impôts, si elle n'est pas constatée par un acte authentique ou par un acte sous seing privé enregistré dans le délai de dix jours à compter de la date de son acceptation par le bénéficiaire. Il en est de même de toute cession portant sur lesdites promesses qui n'a pas fait l'objet d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé enregistré dans les dix jours de sa date* ». Cet article vise à la moralisation fiscale et à la lutte contre la fraude fiscale afin d'empêcher les professionnels de l'immobilier de céder à leurs clients, de manière occulte et contre une rémunération occulte elle aussi, la promesse qu'il a acquise, cela afin d'échapper aux charges fiscales¹⁴⁰⁸. Pour la jurisprudence française, toute promesse unilatérale de vente qui ne respecte pas cette condition de forme est sanctionnée par la nullité absolue de la promesse et ne produit aucun effet¹⁴⁰⁹. Pourtant, la Cour de cassation française a jugé dans un arrêt du 24 février 2006 que « *la promesse de vente contenue dans une transaction comportant des concessions réciproques des parties n'est pas soumise à la formalité de l'article*

¹⁴⁰⁴ Jacques RAYNARD, Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des contrats spéciaux*, op.cit., p.69.

¹⁴⁰⁵ Jérôme JULIEN, *Droit des obligations*, op.cit., p.81.

¹⁴⁰⁶ L'article 101 alinéa 2 du Code civil égyptien prévoit que « *lorsque la loi subordonne la conclusion du contrat à l'observation d'une certaine forme, celle-ci s'applique également à la convention renfermant la promesse de contracter* ».

¹⁴⁰⁷ Hugues KENFACK, Solène RINGLER, *Droit des contrats spéciaux*, op.cit., p.47.

¹⁴⁰⁸ Lionel ANDRREU, Nicolas THOMASSIN, *Cours de droit des obligations*, op.cit., p.123 ; Solange BECQUÉ-ICKOWICZ, *Le parallélisme des formes en droit privé*, Thèse LGDJ, 2005, p.70 ; Voir aussi, Cass. 3^e ch. civ., 10 octobre 1968, n° 66-10.445, Bull. civ. III, n° 368 ; Cass. com., 6 janvier 1970, n° 67-14.332.

¹⁴⁰⁹ Cass. 3^e ch. civ., 7 juillet 1982, n°81- 13.361, Bull. civ. III, n° 176 ; Cass. 3^e ch. civ., 3 février 1993, n° 91-10.274, Bull. civ. III, n° 16 ; Cass. 3^e ch. civ., 14 décembre 1994, n° 92-20.633, Bull. civ. III, no 218 ; Cass. com., 13 juin 1995, n° 93- 16.731.

1840 A du Code général des impôts (dont les termes sont désormais repris sous l'article 1589-2 du code civil) »¹⁴¹⁰ . Cela signifie que « la promesse de vente non enregistrée, insérée dans une transaction, n'encourt pas la nullité. Cette dispense d'enregistrement est justifiée par la nature spécifique de la transaction, propre à gommer l'identité des actes qu'elle renferme et à les émanciper de leur régime juridique »¹⁴¹¹ . Également, il y a d'autres textes en droit français qui ont pour but d'imposer un formalisme protecteur à l'égard du futur acquéreur comme l'article L.141-1 du Code de commerce qui exige certaines mentions obligatoires destinées à informer l'acquéreur sur la vente de fonds de commerce¹⁴¹² . Dès lors, l'omission de tout ou d'une partie des informations demandées peut emporter la nullité de la promesse unilatérale de vente si l'acquéreur rapporte la preuve que son consentement a été vicié et que le manque d'information lui a causé préjudice. De même, pour la promesse unilatérale portant sur un lot de copropriété, l'article 46 de la loi n°2014-1545 du 20 décembre 2014 affirme que « toute promesse unilatérale de vente ou d'achat, tout contrat réalisant ou constatant la vente d'un lot ou d'une fraction de lot mentionne la superficie de la partie privative de ce lot ou de cette fraction de lot. La nullité de l'acte peut être invoquée sur le fondement de l'absence de toute mention de superficie ». Aussi, l'article L115-4 de

¹⁴¹⁰ Cass. Ass. plén., 24 février 2006, n° 04-20.525, Bulletin 2006 A. P. n° 1 p.1 ; Voir aussi, Cass. 3^e ch. civ., 26 mars 2003, RTD civ. 2003, p.496, obs. Jaques MESTRE, Bertrand FAGES ; JCP E 2004, 651, note Joanna SCHMIDT ; LPA 27 janv. 2004, n° 19, p. 10, note Sandrine CHASSAGNARD-PINET.

¹⁴¹¹ Sandrine CHASSAGNARD-PINET, *La perte d'autonomie de la promesse de vente insérée dans une transaction*, Recueil Dalloz, 2006, p.2057.

¹⁴¹² « I. - Dans tout acte constatant une cession amiable de fonds de commerce, consentie même sous condition et sous la forme d'un autre contrat ou l'apport en société d'un fonds de commerce, sauf si l'apport est fait à une société détenue en totalité par le vendeur, le vendeur est tenu d'énoncer: 1° Le nom du précédent vendeur, la date et la nature de son acte d'acquisition et le prix de cette acquisition pour les éléments incorporels, les marchandises et le matériel ; 2° L'état des privilèges et nantissements grevant le fonds ; 3° Le chiffre d'affaires qu'il a réalisé durant les trois exercices comptables précédant celui de la vente, ce nombre étant réduit à la durée de la possession du fonds si elle a été inférieure à trois ans ; 4° Les résultats d'exploitation réalisés pendant le même temps ; 5° Le bail, sa date, sa durée, le nom et l'adresse du bailleur et du cédant, s'il y a lieu. II. - L'omission des énonciations ci-dessus prescrites peut, sur la demande de l'acquéreur formée dans l'année, entraîner la nullité de l'acte de vente ».

l'ordonnance n° 2015-1174 du 23 septembre 2015 relative à la partie législative du livre 1^{er} du Code de l'urbanisme dispose que « *toute promesse unilatérale de vente ou d'achat, tout contrat réalisant ou constatant la vente d'un terrain indiquant l'intention de l'acquéreur de construire un immeuble à usage d'habitation ou à usage mixte d'habitation et professionnel sur ce terrain mentionne si le descriptif de ce terrain résulte d'un bornage. Lorsque le terrain est un lot de lotissement, est issu d'une division effectuée à l'intérieur d'une zone d'aménagement concerté par la personne publique ou privée chargée de l'aménagement ou est issu d'un remembrement réalisé par une association foncière urbaine, la mention du descriptif du terrain résultant du bornage est inscrite dans la promesse ou le contrat* »¹⁴¹³. Ces articles ont vocation à concerner l'ensemble des promesses la plus répandue en pratique, et la violation de ces dispositions est sanctionnée par la nullité¹⁴¹⁴.

461. En droit égyptien, le législateur a établi une règle générale, selon laquelle si la loi exige une forme particulière pour conclure d'un contrat, cette formalité doit être remplie dans la promesse du contrat relatif à ce contrat, selon l'article 101 alinéa 2 du Code civil qui prévoit que « *lorsque la loi subordonne la conclusion du contrat à l'observation d'une certaine forme, celle-ci s'applique également à la convention renfermant la promesse de contracter* ». La Cour de cassation égyptienne a confirmé cette règle dans plusieurs de ses arrêts¹⁴¹⁵. Les contrats qui exigent une formalité spécifique dans le droit égyptien sont au nombre de deux : le don et la constitution de l'hypothèque. Premièrement, en ce qui concerne la donation, le Code civil égyptien dans son article 488 prévoit que

¹⁴¹³ Dans le même contexte, Voir aussi, l'article L442-7 du Code de l'urbanisme qui dispose que « *le permis d'aménager et, s'il y a lieu, le cahier des charges fixant les conditions de vente ou de location des lots sont remis à l'acquéreur lors de la signature de la promesse ou de l'acte de vente ainsi qu'au preneur lors de la signature des engagements de location. Ils doivent leur avoir été communiqués préalablement* ».

¹⁴¹⁴ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, op.cit., p.324.

¹⁴¹⁵ Cass. civ., 2 juin 1973 n° 0009-38 ; Cass. civ., 14 mars 1979 n° 669-42 ; Cass.civ., 13 mai 1982, n° 0872-51 ; Cass.civ., 15 décembre 1983, n° 0599-50.

« la donation devra être faite par acte authentique à peine de nullité, à moins qu'elle ne revête la forme d'un autre contrat », ainsi le Code civil a affirmé dans son article 490 que « la promesse de faire une donation ne se forme que si elle est faite par acte authentique ». Deuxièmement, dans l'hypothèse de la constitution de l'hypothèque l'article 1031 du Code civil dispose que « l'hypothèque ne peut être constituée qu'en vertu d'un acte authentique ».

B : Les conditions de forme de la promesse synallagmatique de contrat

462. En droit français et en droit égyptien la promesse synallagmatique ne requiert aucune condition pour être valable. En pratique, on peut trouver certaines conditions de forme qui sont imposées d'une part, par les volontés des parties de la promesse qui entendent faire de leur promesse un contrat solennel, par exemple la rédaction d'un acte notarié, l'acte authentique et l'acte sous seing privé. De telles conditions sont possibles parce que le principe du consensualisme n'est pas d'ordre public et donc les parties de la promesse peuvent décider de soumettre la validité de cette promesse à l'accomplissement d'une condition de forme non requise par la loi¹⁴¹⁶. Aussi, les parties à la promesse peuvent décider de retarder l'exécution du contrat de vente par un terme, par exemple le paiement du prix de vente à la signature de l'acte authentique ou à l'obtention d'un prêt pour l'acquéreur. Dans ce cas, on peut confirmer que la vente est bien formée entre ses parties, mais son exécution est retardée¹⁴¹⁷. D'autre part, par la loi, à titre d'exemple, le formalisme d'information imposé par les réglementations spécifiques et visant à protéger¹⁴¹⁸ l'acquéreur immobilier concerne la promesse bilatérale de vente et d'achat valant vente¹⁴¹⁹. Également, un formalisme est

¹⁴¹⁶ Christian LARROUMET, Sarah BROS, *Traité de droit civil, les obligations, le contrat, op.cit.*, p.267.

¹⁴¹⁷ Jacques RAYNARD, Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des contrats spéciaux, op.cit.*, p.78.

¹⁴¹⁸ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen, op.cit.*, p.338.

¹⁴¹⁹ L'article 46 alinéa 1 de la Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis (modifié par loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 -art. 15) dispose que « toute promesse unilatérale de vente ou d'achat, tout contrat réalisant ou constatant la vente d'un lot ou d'une fraction de lot mentionne la superficie de la partie privative de ce lot ou de cette fraction de

imposé par l'article L.290-1 du Code de la construction et de l'habitation qui prévoit que « *toute promesse de vente ayant pour objet la cession d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier, dont la validité est supérieure à dix-huit mois, ou toute prorogation d'une telle promesse portant sa durée totale à plus de dix-huit mois est nulle et de nul effet si elle n'est pas constatée par un acte authentique, lorsqu'elle est consentie par une personne physique* ». Aussi, la promesse synallagmatique de vente doit être consentie par acte authentique à peine de nullité, si elle porte sur un immeuble ou droit réel immobilier et que sa durée de validité est supérieure à dix-huit mois¹⁴²⁰ selon l'article L.290-1 du Code de la construction et de l'habitation¹⁴²¹. Il faut mentionner que, contrairement à la promesse unilatérale de vente, la promesse synallagmatique de vente vaut vente, elle est soumise alors aux conditions de forme de celle-ci et d'éventuelles exigences de forme posées à la validité même de la vente¹⁴²². En revanche, elle échappe au formalisme fiscal de l'article 1589-2 du Code civil¹⁴²³. Enfin, en principe si la loi exige l'accomplissement d'une condition de forme pour la validité du contrat solennel (la donation, la fiducie), la doctrine et la jurisprudence française exigent que la promesse synallagmatique de contrat doive respecter les mêmes formes que celles qui sont imposées pour la validité de celui-ci¹⁴²⁴.

lot. La nullité de l'acte peut être invoquée sur le fondement de l'absence de toute mention de superficie ».

¹⁴²⁰ Cass. 3^e ch. civ., 18 février, 2015, n° 14-14.416.

¹⁴²¹ « *Toute promesse de vente ayant pour objet la cession d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier, dont la validité est supérieure à dix-huit mois, ou toute prorogation d'une telle promesse portant sa durée totale à plus de dix-huit mois est nulle et de nul effet si elle n'est pas constatée par un acte authentique, lorsqu'elle est consentie par une personne physique* ».

¹⁴²² Jérôme HUET, Georges DECOCQ, Cyril GRIMALDI, Hervé LÉCUYR, Juliette MOREL-MAROGER, (dir. Jacques GHESTIN), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd, LGDJ, Lextenso, 2012, p.433.

¹⁴²³ Jacques RAYNARD, Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des contrats spéciaux*, *op.cit.*, p.82 ; Pascal PUIG, *Contrats spéciaux*, *op.cit.*, p.197.

¹⁴²⁴ Jean-Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL, Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat*, *op.cit.*, p.361.

Sous-section 2 : L'exécution des promesses de contrat

463. Si les conditions de fond et de forme des promesses sont remplies, ces dernières font naître des obligations que les parties doivent exécuter. C'est la force obligatoire du contrat consacrée dans le Code civil français à l'article 1103 qui prévoit que « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ». Et l'article 145 du Code civil égyptien qui dispose que « *sous réserve des règles relatives à la succession, le contrat produit effet entre les parties et leurs ayants-cause à titre universel, à moins qu'il ne résulte de la convention, de la nature de l'affaire ou d'une disposition légale, que le contrat ne produit point d'effet à l'égard des ayants-cause à titre universel* ». Il arrive parfois que l'une des parties à la promesse n'exécute pas ses obligations. Il y a alors inexécution de la promesse. Dans ce cas, que peut faire l'autre partie ? Ainsi, les effets juridiques de ces promesses varient selon la nature de la promesse unilatérale ou synallagmatique. Il convient donc d'approfondir en premier lieu les effets de la promesse unilatérale de contrat (§1). Puis, il convient d'étudier avec attention, les effets de la promesse synallagmatique de contrat (§2).

§1 : Les effets de la promesse unilatérale de contrat

464. Le moment le plus important pour la promesse unilatérale de contrat est celui où le bénéficiaire déclare son désir de contracter. Ainsi, les effets de la promesse avant la levée de l'option sont différents de ses effets après la levée de l'option¹⁴²⁵. Donc, on va traiter d'une part, les effets de la promesse unilatérale de contrat avant la levée de l'option (A), et d'autre part, les effets de la promesse unilatérale de contrat après la levée de l'option (B).

A : Les effets de la promesse unilatérale de contrat avant la levée de l'option

465. Pendant la période qui précède la levée de l'option, les parties à la promesse se trouvent dans une situation d'attente, le bénéficiaire est en attente de la réalisation des conditions, le promettant, de l'exercice de l'option¹⁴²⁶. Le

¹⁴²⁵ EL-Sayed Abdel Wahab ARAFA, *La promesse de contrat et le pacte de préférence*, op.cit., p.31.

¹⁴²⁶ Daniel MAINGUY, *Contrats spéciaux*, op.cit., p.76.

contrat définitif ne peut exister que le jour de la levée de l'option, ce dont il résulte que les effets de ce contrat ne se produiront que ce jour là seulement¹⁴²⁷.

466. La promesse unilatérale a des effets différents à l'égard du promettant et du bénéficiaire. En premier lieu, en ce qui concerne le promettant d'une promesse, tant que le bénéficiaire d'une promesse unilatérale n'a pas exercé l'option, le promettant reste le propriétaire de la chose promise¹⁴²⁸. En application de la théorie des risques en droit français et égyptien¹⁴²⁹, si la chose promise vient à être détruite par cas de force majeure entre le moment de la conclusion de la promesse unilatérale et le moment de la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse, cette dernière caduque. Par conséquent, le promettant supportera seul tous les risques et la perte¹⁴³⁰, parce que la propriété de la chose promise n'est pas transférée au bénéficiaire qu'à partir du moment où il y a eu échange de consentement entre les parties de la promesse¹⁴³¹. Cependant, dans l'hypothèse de la perte de la chose promise le bénéficiaire peut demander la restitution de l'indemnité d'immobilisation¹⁴³².

467. En principe, le promettant en tant que propriétaire jusqu'à la levée de l'option¹⁴³³, est engagé à un double engagement vis-à-vis du bénéficiaire¹⁴³⁴.

¹⁴²⁷ Christian LARROUMET, Sarah BROS, *Traité de droit civil, les obligations, le contrat, op.cit.*, p.282.

¹⁴²⁸ Jean-Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL, Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat, op.cit.*, p.339.

¹⁴²⁹ Nabil Ibrahim SAAD, *Les contrats nommés, le contrat de vente, op.cit.*, p.89.

¹⁴³⁰ Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat, op.cit.*, n° 248.

¹⁴³¹ Mohamed ABOU-ZAID, *Les négociations dans le cadre contractuel, op.cit.*, p.116.

¹⁴³² Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen, op.cit.*, p.325.

¹⁴³³ Ibrahim NAJJAR, *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, Thèse, LGDJ, Paris, 1966, p.137et s ; Fayez HAGE-CHAHINE, *Essai d'une nouvelle classification des droit d'option privés*, RTD civ. 1982.705 ; Judith ROCHFELD, *Les droits potestatifs accordés par le contrat* », in études offertes à Jacques GHESTIN, *Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, Paris, 2001, p.752 et s.

¹⁴³⁴ Christian ATIAS, *Le contrat dans le contentieux judiciaire, op.cit.*, p.85 ; Nabil Ibrahim SAAD, *Les contrats nommés, le contrat de vente, op.cit.*, p.89.

La première obligation en droit français comme en droit égyptien¹⁴³⁵ est une obligation de faire¹⁴³⁶, c'est-à-dire qu'il doit maintenir son consentement à la conclusion du contrat promis jusqu'à la levée de l'option ou à l'expiration du délai de sa promesse¹⁴³⁷. La question qui se pose ici est : quelle est la solution si le promettant ne respecte pas cette obligation ? Par exemple, pendant le délai d'option, le promettant a informé son bénéficiaire qu'il rétracte sa promesse. Selon la majorité de la doctrine française¹⁴³⁸ et égyptienne¹⁴³⁹ en concluant la promesse unilatérale, le promettant de la promesse s'engage à maintenir son offre de contracter pendant un certain délai. Il consent définitivement à un contrat promis dont tous les éléments sont déterminés et dont la formation ne dépendra plus que de la levée de l'option, il est impossible que le promettant se rétracte, donc cette rétractation est inefficace¹⁴⁴⁰ (la promesse de contrat rend l'offre irrévocable)¹⁴⁴¹. Ce point de vue inscrit à l'article 1124 alinéa 2 du Code civil français prévoit que « (...) la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis ». Dans ce texte, on peut remarquer la véritable nouveauté concernant la sanction désormais applicable si le promettant révoque son engagement avant l'expiration du délai d'option¹⁴⁴². Aussi, il faut noter que ce dernier alinéa vise la rétraction

¹⁴³⁵ La Cour de cassation égyptienne. Cass. civ., 12 juin 1984, n° 363-51.

¹⁴³⁶ Jérôme JULIEN, *Droit des obligations, op.cit.*, p.80.

¹⁴³⁷ Yvaine BUFFELAN-LANORE, Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op.cit.*, p.345.

¹⁴³⁸ Michel GRIMALDI, Christophe VERNIÈRES, (Collectif), *Un an d'application de la réforme des contrats, quel impact sur la pratique notariale?, op.cit.*, p.20.

¹⁴³⁹ Mohamed Hassan KASSEM, *Le droit civil, les obligations, le contrat, op.cit.*, p.185.

¹⁴⁴⁰ Mathias LATINA (dir.), *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p.34 ; Mohamed Hassan KASSEM, *Le droit civil, les obligations, le contrat op.cit.*, p.188 ; Laurent AYNÈS, *Faut-il abandonner la promesse unilatérale de vente ?* Defrénois, art. 40023, 2011, p.1023 ; Daniel MAINGUY, *L'efficacité de l'efficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de contracter*, D. 2011, p.1460.

¹⁴⁴¹ Jean-Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL, Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat, op.cit.*, p.340.

¹⁴⁴² Thibault DOUVILLE (dir.) Collectif, *La réforme du droit des contrats. Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op.cit.*, p.71.

pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter. Est-ce que cela veut dire que si le délai n'a été fixé, la rétractation de la promesse sera possible à tout moment?¹⁴⁴³ Il semble que cela n'est pas certain, puisque en l'absence de délai stipulé pour la levée de l'option, la promesse doit être maintenue pendant un délai raisonnable, qui est laissé à la libre appréciation du juge du fond¹⁴⁴⁴. En outre, il semble que le législateur français dans ce texte a dégrossi au principe de l'effet obligatoire des contrats, contrairement à la position antérieure de la Cour de cassation¹⁴⁴⁵, qui a décidé dans le cas de rétractation que « *le bénéficiaire ne peut pas prétendre à la réalisation forcée du contrat mais uniquement à des dommages et intérêts* »¹⁴⁴⁶. Dès lors, la rétractation de la promesse du promettant était efficace¹⁴⁴⁷ en tant que le bénéficiaire de la promesse n'a pas exprimé sa volonté d'acquiescer et le transfert de propriété de la chose promise n'a pas eu lieu faute de rencontre des consentements¹⁴⁴⁸. Donc, le bénéficiaire a un droit d'indemnisation mais il n'est pas en droit de réclamer l'exécution forcée de la promesse.

468. La deuxième obligation, est une obligation de ne pas faire¹⁴⁴⁹, c'est-à-dire que le promettant de la promesse est également tenu de ne pas disposer de la chose promise au profit d'un tiers, par exemple le promettant ne pourrait pas vendre la chose objet de la promesse à un tiers¹⁴⁵⁰. C'est la conséquence du

¹⁴⁴³ Hugues KENFACK, *La relativité du caractère définitif du consentement du promettant dans la promesse unilatérale de vente*, RLDC, novembre 2011, n° 87, p.7-10.

¹⁴⁴⁴ Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, Sébastien PELLÉ, *Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, op.cit., p.72.

¹⁴⁴⁵ Cass. 3^e ch. civ., 15 décembre 1993, n° 91-10.199, Bull.civ. III, n° 174 ; JCP 1995.II.22366, note Denis MAZEAUD ; Cass. 3^e ch. civ., 26 juin 1996, n° 94-16.326, Bull.civ. III, n° 165 ; JCP N 1997.II.909 ; Cass. 3^e ch. civ., 27 mars 2008, no 07-11.721, Lamyline, D. 2008, p.2973, obs. Soraya ARMANI MEKKI ; Cass. com., 13 septembre 2011, n° 10-19.526, Lamyline, RTD civ. 2011, p.758, note Bertrand FAGES.

¹⁴⁴⁶ Cette décision a été vivement critiquée par une partie de la doctrine, voir notamment, Joanna SCHMIDT, *La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats*, RTD civ. 2000, p.25.

¹⁴⁴⁷ Cass. 3^e ch. civ., 11 mai 2011, n°10-12.875, Bull. civ. III, n° 77; D. 2011, Denis MAZEAUD, p.1457.

¹⁴⁴⁸ Joanna SCHMIDT, *La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats*, RTD civ. 2000, p.25.

¹⁴⁴⁹ Jérôme JULIEN, *Droit des obligations*, op.cit., p.80.

¹⁴⁵⁰ Mohamed Hassan KASSEM, *Le droit civil, les obligations, le contrat* op.cit., p.190.

principe de la force obligatoire du contrat qui oblige le promettant à ne pas faire d'autres promesses et à délivrer la chose promise si le bénéficiaire lève l'option¹⁴⁵¹. Si le promettant ne respecte pas cette obligation négative, le bénéficiaire de la promesse est en droit de demander la nullité du contrat conclu avec un tiers qui connaissait l'existence de la promesse (acquéreur est de mauvaise foi) en vertu de l'article 1124 du Code civil français qui prévoit que « (...) *le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul* ». Selon certains auteurs, dans ce texte le législateur français a adopté l'exécution forcée de la promesse de vente, mais cette solution n'est pas propre à la promesse de vente et elle peut être appliquée à toutes les promesses de contrats¹⁴⁵². En outre, contrairement à la solution retenue en cas de violation du pacte de préférence, le bénéficiaire de la promesse violée n'a pas d'intérêt de demander la substitution dans les droits du tiers « *cela est cohérent avec la force nouvellement accordée à la promesse, puisqu'une fois obtenu la nullité du contrat conclu avec le tiers, il suffira au bénéficiaire de lever l'option pour forcer la conclusion du contrat promis* »¹⁴⁵³. Malheureusement, il n'y a pas de texte aussi strict dans le Code civil égyptien soulignant la force obligatoire de la promesse. Par conséquent, il semble nécessaire que le législateur égyptien adopte un tel texte.

469. En deuxième lieu, en ce qui concerne le bénéficiaire d'une promesse. D'une part, avant la levée de l'option, le bénéficiaire de la promesse n'a aucun droit réel sur la chose promise. Le bénéficiaire est titulaire d'un droit¹⁴⁵⁴

¹⁴⁵¹ Jean-Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL, Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat*, op.cit., p.343.

¹⁴⁵² Christian LARROUMET, Sarah BROS, *Traité de droit civil, les obligations, le contrat*, op.cit., p.278.

¹⁴⁵³ Thibault DOUVILLE (dir.) Collectif, *La réforme du droit des contrats. Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op.cit., p.72.

¹⁴⁵⁴ Selon certains auteurs, classiquement ce droit s'analyse comme en droit de créance, parce qu'il n'est pas un droit direct sur la chose, donc il est un droit réel. Voir, Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, op.cit., p.280.

d'option¹⁴⁵⁵ ou (droit potestatif)¹⁴⁵⁶ à sa main qui lui permet de former ou pas le contrat définitif par sa seule volonté¹⁴⁵⁷. D'autre part, le principe en droit français et égyptien¹⁴⁵⁸ est la promesse unilatérale de contrat qui ne crée pas des obligations à la charge du bénéficiaire¹⁴⁵⁹, ce dernier n'assume aucune obligation contre son promettant¹⁴⁶⁰. En d'autres termes, le bénéficiaire garde sa liberté contractuelle de contracter jusqu'à l'expiration du délai d'option. Cependant, il arrive souvent en pratique que le bénéficiaire de la promesse assume l'obligation de payer une somme d'argent sous forme d'une indemnité d'immobilisation. Cette somme ne peut jamais être comme le prix de la non conclusion du contrat, mais comme le prix de l'option ou celui de la réservation de son offre par le promettant¹⁴⁶¹. Dans tel cas, la promesse unilatérale devient un contrat synallagmatique mais elle ne se transforme pas en promesse synallagmatique de contrat, car cette somme d'argent payée au promettant ne représente pas le prix de la vente pour le contrat définitif, elle est l'équivalent de l'immobilisation de la chose promise pendant le délai de l'option¹⁴⁶². Dès lors, le bénéficiaire ne s'engage pas à conclure le contrat définitif et demeure libre de ne pas lever

¹⁴⁵⁵ EL-Sayed Abdel Wahab ARAFA, *La promesse de contrat et le pacte de préférence*, op.cit., p.32.

¹⁴⁵⁶ Certains auteurs français et égyptiens ont proposé d'admettre, à coté de droit réel ou de droit personnel de droit potestatif. Ce dernier est défini comme le droit sans débiteur qui dépendra de la seule volonté de son titulaire. Pour plus de détails, Voir, Ibrahim NAJJAR, *La potestativité*, RTD civ., 2012, p.60 ; Voir sur ce point en droit égyptien, Abdulhai HIJIAZI, *Introduction à l'étude du droit*, publications université du Koweït, 1970, p. 118 ; Hossam El DIN EL AHWANI, *Le contrat de vente dans le droit des contrats koweïtienne, étude comparative*, op.cit., p.135.

¹⁴⁵⁷ Dimitri HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, op.cit., p.150 ; Nabil Ibrahim SAAD, *Les contrats nommés, le contrat de vente*, op.cit., p.89.

¹⁴⁵⁸ Nabil Ibrahim SAAD, *Les contrats nommés, le contrat de vente*, op.cit., p.94.

¹⁴⁵⁹ Voir dans le même sens, la Cour de cassation égyptienne, Cass. civ., 6 mai 1954, n °202-21.

¹⁴⁶⁰ Jean-Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL, Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat*, op.cit., p.345.

¹⁴⁶¹ *Ibid.*, p.345.

¹⁴⁶² Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, op.cit., p.329.

l'option¹⁴⁶³. Enfin, si l'option n'est pas levée dans le délai et selon les formes requises, le contrat définitif n'est pas formé et la promesse devient caduque¹⁴⁶⁴.

B : Les effets de la promesse unilatérale de contrat après la levée de l'option

470. Tout d'abord, on peut confirmer que le principal effet d'une promesse unilatérale de contrat consiste à faire bénéficier à son destinataire d'un droit d'option¹⁴⁶⁵. Selon la doctrine française¹⁴⁶⁶ et égyptienne¹⁴⁶⁷, la levée de l'option forme définitivement la vente, qui sera définitive et parfaite et se substitue à la promesse unilatérale de vente¹⁴⁶⁸, sans rétroactivité¹⁴⁶⁹ et sans avoir besoin d'une autre procédure¹⁴⁷⁰. Dès lors, le bénéficiaire de la promesse devient le titulaire d'un droit réel¹⁴⁷¹ sur la chose vendue¹⁴⁷². Mais en pratique il arrive souvent que la formation définitive du contrat puisse être subordonnée à la réalisation d'une condition suspensive¹⁴⁷³ (le paiement intégral du prix de vente)

¹⁴⁶³ Jean-Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL, Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat*, *op.cit.*, p.345.

¹⁴⁶⁴ Bertrand FAGES, *Droit des obligations*, *op.cit.*, p.72 ; Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Pierre-Yves GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, *op.cit.*, p.86.

¹⁴⁶⁵ Le bénéficiaire peut également choisir de ne pas lever l'option de façon expresse ou tacite en gardant le silence. Dans tel cas, la promesse prend donc fin, par caducité. Il n'encourt dans ce cas aucune responsabilité parce qu'il a exercé seulement son droit d'option.

¹⁴⁶⁶ Véronique NICOLAS, *Droit des obligations, Le contrat*, *op.cit.*, p.87 ; Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Pierre-Yves GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, *op.cit.*, p.92.

¹⁴⁶⁷ Nabil Ibrahim SAAD, *Les contrats nommés, le contrat de vente*, *op.cit.*, p.94.

¹⁴⁶⁸ Cass. 3^e ch. civ., 11 décembre 1984, n° 83-14.829, Bull. civ. III, n° 212.

¹⁴⁶⁹ Dorothée GALLOIS-COCHET, *Indices de l'ordonnance du 10 février 2016 en matière de transactions immobilières*, AJDI, 2016, p.324 ; Voir dans le même sens, la Cour de cassation égyptienne, Cass. civ., 13 avril 1988, n° 1452-54 ; Cass. civ., 20 mars 2003, n° 1 915-64.

¹⁴⁷⁰ Abdelaziz HAMOOD, *Les aspects juridiques de la phase de négociation*, *op.cit.*, p.35 ; Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, *op.cit.*, p.329.

¹⁴⁷¹ Selon certains auteurs, ce droit d'option est un droit potestatif, il n'est alors ni un droit de créance, ni droit réel. Pour plus de détails sur ce point voir, Ibrahim NAJJAR, *La potestativité*, RTD civ., 2012, p.60.

¹⁴⁷² Mohamed Hassan KASSEM, *Le droit civil, les obligations, le contrat* *op.cit.*, p.187.

¹⁴⁷³ Cass. 3^e ch. civ., 12 janv. 1994, n° 91-17.185.

ou d'un terme¹⁴⁷⁴ (délai pour réaliser la vente sous la forme authentique). Pour que la promesse unilatérale de contrat soit efficace, la levée de l'option doit se réaliser selon les formes convenues entre les parties de la promesse¹⁴⁷⁵, par exemple, par lettre recommandée avec ou sans demande d'avis de réception¹⁴⁷⁶, par acte d'huissier, par déclaration notariée, et par l'enregistrement de la promesse, etc. Si les parties ne précisent pas une forme particulière, la levée d'option n'obéit à aucune formalité¹⁴⁷⁷. Ainsi, le bénéficiaire de la promesse ne peut renoncer ou modifier unilatéralement les modalités conventionnellement prévues pour la levée de l'option, il ne peut donc remplacer la notification par acte d'huissier ou par une forme qu'il jugerait équivalente, sans l'accord de son promettant¹⁴⁷⁸. De toute façon, la preuve de la levée de l'option par le bénéficiaire est soumise aux exigences d'une preuve par écrit selon l'article 1359 du Code civil français¹⁴⁷⁹ et l'article 62 du droit de la preuve égyptien n° 25 du 1968¹⁴⁸⁰. Toutefois, la preuve de la levée de l'option peut être constituée par un commencement de preuve par écrit complété par des présomptions ou des témoignages¹⁴⁸¹. De plus, les dispositions de l'article 102 du Code civil égyptien confirment que la levée de l'option par le juge vaut conclusion du contrat si tous les points essentiels du contrat envisagé et le délai sont remplis¹⁴⁸².

¹⁴⁷⁴ Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat, op.cit.*, n° 248.

¹⁴⁷⁵ Abd El Razaq Al SANHOURI, *Al Waseet, La théorie générale de l'obligation, tome I, Le contrat, op.cit.*, p.214.

¹⁴⁷⁶ Cass. com., 5 octobre 1999, n° 97-20.754.

¹⁴⁷⁷ Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat, op.cit.*, n° 246 ; Cass. 3^e ch. civ., 19 décembre 2012, n° 08-14.225, Bull. civ. III, n° 199 ; La Cour de cassation admet que l'option peut être levée, en cours de procès, par conclusions récapitulatives ; Cass. 3^e ch. civ., 11 mai 2005, n° 03-20.669, Lamyline, RTD civ. 2006, p.106, obs. Jaques MESTRE, Bertrand FAGES.

¹⁴⁷⁸ Jean-Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL, Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat, op.cit.*, p.349 ; Cass. 3^e ch. civ., 13 juillet 1994, n° 92-13.690.

¹⁴⁷⁹ « L'acte juridique portant sur une somme ou une valeur excédant un montant fixé par décret doit être prouvé par écrit sous signature privée ou authentique (...) ».

¹⁴⁸⁰ On peut prouver tous les actes juridiques soit par l'écrit soit par les témoignages (traduit par nous).

¹⁴⁸¹ Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat, op.cit.*, n° 247 ; Cass. Com., 14 février 1984, n° 82-14.456.

¹⁴⁸² Abdelaziz HAMOOD, *Les aspects juridiques de la phase de négociation, op.cit.*, p.35.

471. Après la levée de l'option, la promesse unilatérale a des effets également différents à l'égard du promettant et du bénéficiaire. En premier lieu, en ce qui concerne les effets de la levée de l'option à l'égard du bénéficiaire de la promesse. Si le bénéficiaire a exercé son droit à l'option en manifestant sa volonté de contracter dans le délai prévu ou raisonnable¹⁴⁸³ qui rejoint l'acte de volonté du promettant, le contrat définitif est formé¹⁴⁸⁴. Dans le cadre de la promesse unilatérale de vente, la capacité pour le bénéficiaire de lever l'option pour acheter s'apprécie ce jour-là, puisque c'est à ce moment que ce contrat se forme véritablement¹⁴⁸⁵. Ainsi, le bénéficiaire de la promesse devra payer le prix de vente¹⁴⁸⁶, en contrepartie du respect du promettant à son obligation de délivrance de la chose promise¹⁴⁸⁷. De plus, selon la théorie des risques, si la chose objet de la promesse vient à être détruite ou disparaît après la levée de l'option, le promettant est donc libéré de ses obligations à l'égard de son bénéficiaire¹⁴⁸⁸. Inversement, en matière de promesse unilatérale de vente, le bénéficiaire de la promesse, devenu propriétaire et « *alors titulaire d'un droit réel sur la chose* »¹⁴⁸⁹, demeure engagé à l'égard de son promettant et subit alors les risques de la chose¹⁴⁹⁰.

472. En deuxième lieu, à propos des effets de la levée de l'option à l'égard du promettant de la promesse. Dans le cadre de la promesse unilatérale de vente, si elle comporte une condition suspensive destinée à préserver les intérêts

¹⁴⁸³ Dimitri HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, op.cit., p.150.

¹⁴⁸⁴ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, op.cit., p.240.

¹⁴⁸⁵ Jean-Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL, Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat*, op.cit., p.349 ; Cass. 3^e ch. civ., 7 juillet 2010, n° 09-14.579, Bull. civ. III, no 141, RDC 2011, p. 176, obs. Jean-Baptiste SEUBE.

¹⁴⁸⁶ Mohamed Hassan KASSEM, *Le droit civil, les obligations, le contrat*, op.cit., p.187.

¹⁴⁸⁷ Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat*, op.cit., n° 248.

¹⁴⁸⁸ Jean-Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL, Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat*, op.cit., p.350.

¹⁴⁸⁹ Jérôme JULIEN, *Droit des obligations*, op.cit., p.80.

¹⁴⁹⁰ Jean-Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL, Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat*, op.cit., p.350 ; Cass. Com., 7 décembre 1993, n° 91-22.217, Bull. civ. IV, n° 466, RTD civ. 1994, p.586, obs. Jacques MESTRE.

du bénéficiaire, le promettant sera obligé de concourir à l'établissement de la condition¹⁴⁹¹. Ainsi, le promettant s'oblige de procéder au contrat de vente, si le promettant refusait de le conclure, dans ce cas le bénéficiaire pourrait l'y contraindre sous astreinte et obtenir ainsi l'exécution forcée en nature¹⁴⁹². Il pourrait aussi obtenir des dommages-intérêts en réparation de son préjudice¹⁴⁹³. Ainsi, le Code civil égyptien dans son article 102 prévoit que « *lorsque la partie qui s'est obligée à conclure un contrat s'y refuse, le tribunal peut, à la demande de l'autre partie, si toutefois les conditions requises pour la conclusion de ce contrat sont réunies, notamment celles relatives à la forme, rendre un jugement qui, passé en force de chose jugée, vaudra contrat* ». Ceci signifie que si le promettant d'une promesse unilatérale refuse, de manière injustifiée, de conclure le contrat promis, le bénéficiaire de la promesse peut demander au juge de rendre une décision qui tiendra lieu de contrat. Il semble donc que le législateur égyptien accepte également l'exécution forcée de la promesse unilatérale, ce qui rend la promesse d'un contrat préparatoire plus sécurisée et efficace comme moyen de négociation. D'autre part, le promettant s'oblige de ne pas vendre la chose promise à un tiers acquéreur, parce qu'une fois le bénéficiaire utilise son droit d'option, la propriété de l'objet vendu lui sera transféré. Dès lors, si le promettant a vendu la chose promise à un tiers, dans ce cas on peut considérer qu'il a vendu la propriété d'autrui. Donc, si le promettant viole cette obligation, son contrat avec le tiers devient nul sans aucun doute, lorsque le tiers connaissait l'existence de la promesse¹⁴⁹⁴. Ce tiers fait donc preuve de mauvaise foi¹⁴⁹⁵, qui l'expose à l'action en justice du bénéficiaire qui peut alors lui opposer le contrat afin de lui réclamer des dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1124¹⁴⁹⁶ du Code

¹⁴⁹¹ Jacques RAYNARD, Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des contrats spéciaux op.cit.*, p.73.

¹⁴⁹² Cass. 1^{re} ch. civ., 15 novembre. 1994, n° 92-11.265, Bull. civ. I, n° 334.

¹⁴⁹³ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Pierre-Yves GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux, op.cit.*, p.92.

¹⁴⁹⁴ Philippe SIMLER, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, Lexis Nexis, 2016, p.18.

¹⁴⁹⁵ Cass. 3^e ch. civ., 8 juillet. 1975, n° 73-14.486, Bull. civ. III, n° 249 ; Cass. 3^e ch. civ., 10 novembre 1982, n° 81-13.408, Bull. civ. III, n° 221.

¹⁴⁹⁶ « *Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul* ».

civil français¹⁴⁹⁷. Cependant, selon certains auteurs égyptiens, le contrat conclu entre le promettant et le tiers est un contrat valide puisque le droit du bénéficiaire de la promesse est un droit personnel mais pas un droit en réel¹⁴⁹⁸. On ne peut pas partager ce point de vue parce que l'acceptation de ce point de vue lui enlève la valeur juridique et la force obligatoire pour toutes les promesses de contrat. En fin, la levée de l'option doit être conforme en tous points aux stipulations de la promesse unilatérale¹⁴⁹⁹, pourtant « *une levée d'option non conforme aux conditions de la promesse ne la rend pas à elle seule caduque, à condition que le délai d'option ne soit pas expiré* »¹⁵⁰⁰.

§2 : Les effets de la promesse synallagmatique de contrat

473. La promesse synallagmatique de contrat comme tout contrat si elle est légalement formée, aura des effets juridiques entre ses parties (la force obligatoire du contrat) et à l'égard des tiers (l'effet relatif du contrat). Pour des raisons pragmatiques et afin de donner une orientation plus pratique à cette analyse, la promesse synallagmatique de contrat va prendre pour référence la promesse synallagmatique de vente. Il convient ici de présenter précisément les effets de la promesse synallagmatique de vente entre ses parties (A). Puis, il convient d'étudier avec attention les effets de la promesse synallagmatique de vente à l'égard des tiers (B).

A : Les effets de la promesse synallagmatique de vente entre ses parties

474. En principe, la promesse synallagmatique se transforme automatiquement en contrat définitif, dès que la condition qui lui manquait est réalisée. Ainsi, aucun nouvel échange des consentements n'est nécessaire, et donc

¹⁴⁹⁷ Bertrand FAGES (sous la dir.), *Lamy Droit du contrat, op.cit.*, n° 249.

¹⁴⁹⁸ Mohamed Hassan KASSEM, *Le droit civil, les obligations, le contrat op.cit.*, p.181.

¹⁴⁹⁹ Cass. 3^e ch. civ., 30 octobre. 1973, n° 72-12.824 ; Cass. Com., 26 novembre 1979, n° 78-10.839, Bull. civ. IV, n° 307 ; Cass. 3^e ch. civ., 7 janvier 1987, n° 85-14.930, Bull.civ. III, n° 7.

¹⁵⁰⁰ Cass. 3^e ch. civ., 26 octobre 1964, n°62-13.675, Bull. civ. I, n° 470 ; Michel DAGOT, *La levée d'option conditionnelle*, JCP N, 1990, I, p.275.

chacune de parties peut forcer l'autre à exécuter le contrat définitif¹⁵⁰¹. La promesse synallagmatique de vente constitue l'acte consensuel de la vente, il en produit alors les effets à ce contrat de vente sans rétroactivité au jour de la signature de la promesse¹⁵⁰². Pour cette raison, les effets de la promesse synallagmatique de contrat peuvent se confondre avec celles du contrat préparé puisque la promesse contient les éléments essentiels du contrat définitif¹⁵⁰³. Pourtant selon certains auteurs, la promesse synallagmatique de contrat donne cependant lieu à des effets propres dès lors qu'elle ne se confond pas avec le contrat définitif¹⁵⁰⁴. Selon l'article 1589 du Code civil français, la promesse synallagmatique de vente vaut vente, donc, chaque partie est engagée définitivement envers l'autre, sous réserve des conditions suspensives ou résolutoires qu'elles ont déjà convenues. Il semble donc logique de se demander quel est l'intérêt de la promesse synallagmatique de vente ? En France et en Égypte, la promesse synallagmatique de vente a une utilité lorsque les parties se sont décidées à conclure un contrat définitif, mais pour diverses raisons, elles souhaitent qu'il ne se forme que plus tard, c'est-à-dire que la promesse synallagmatique de vente s'émancipe de la vente lorsque celle-ci sera affectée d'un terme ou d'une condition suspensive¹⁵⁰⁵. Dans ce contexte, selon la doctrine classique, la promesse synallagmatique de vente « *est une vente définitive comportant simplement une condition ou un terme* »¹⁵⁰⁶. En d'autres termes, bien que le principe est la promesse de vente vaut vente, mais, les parties de la promesse ont en vertu du principe de la liberté contractuelle, la faculté d'écarter cette règle supplétive de volonté. Par exemple, les parties à la promesse peuvent s'accorder de l'obtention de prêt comme condition de formation de la vente, et

¹⁵⁰¹ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op.cit.*, p.242 ; Abd El Razaq Al SANHOURI, *Al Waseet, La théorie générale de l'obligation, tome1, Le contrat, op.cit.*, p.213.

¹⁵⁰² Christian ATIAS, *Le contrat dans le contentieux judiciaire, op.cit.*, p.87 ; Mohamed Hassan KASSEM, *Le droit civil, les obligations, le contrat op.cit.*, p.186.

¹⁵⁰³ Abdelaziz HAMOOD, *Les aspects juridiques de la phase de négociation, op.cit.*, p.35.

¹⁵⁰⁴ Jean-Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL, Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat, op.cit.*, p.362.

¹⁵⁰⁵ Jacques RAYNARD, Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des contrats spéciaux, op.cit.*, p.83.

¹⁵⁰⁶ Jacques GHESTIN, Bernard DESCHÉ, *Traité des contrats, la vente, LGDJ, 1990*, p.179.

donc un élément constitutif de celle-ci, en tant qu'objet de la promesse synallagmatique de vente, est de préparer le contrat de vente définitif. Ainsi, la promesse synallagmatique de vente est donc valablement formée mais ses effets sont suspendus à la réalisation de la condition¹⁵⁰⁷. Plus concrètement, si la condition se réalise, le contrat de vente définitif produira ses effets sans effet rétroactif au jour de la signature de la promesse, sauf la volonté contraire des parties, selon l'article 1304-6 du Code civil français qui dispose que « *l'obligation devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition suspensive. Toutefois, les parties peuvent prévoir que l'accomplissement de la condition rétroagira au jour du contrat. La chose, objet de l'obligation, n'en demeure pas moins aux risques du débiteur, qui en conserve l'administration et a droit aux fruits jusqu'à l'accomplissement de la condition* ». Ainsi, le transfert de propriété ne s'opère qu'au jour de la réalisation de la condition, c'est-à-dire que les actes accomplis par le promettant (le vendeur) restent valables, la charge des risques est transmise au bénéficiaire (l'acquéreur) à cette date¹⁵⁰⁸. En cas d'absence de réalisation de la condition suspensive, elle fait rétroactivement disparaître l'obligation ou le contrat¹⁵⁰⁹. En effet, le contrat de vente définitif n'est pas formé et ne peut donc produire ses effets juridiques surtout le transfert de propriété, selon l'article 1304-6 alinéa 3 du Code civil français qui dispose qu'« *en cas de défaillance de la condition suspensive, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé* ». Au contraire, le principe en droit égyptien est la réalisation de la condition de formation de la vente avec rétroactivité au jour de la signature de la promesse entre ses parties. Il en résulte que le transfert de propriété, le transfert des risques et la naissance des obligations rétroagiront et se produisent en conséquence au moment de la conclusion de la promesse synallagmatique selon l'article 270 du Code civil qui prévoit que « *1) la réalisation de la condition rétroagit au jour où l'obligation a pris naissance, à moins que l'existence de l'obligation ou son extinction ne doivent, par la volonté des parties ou à raison de la nature du contrat, avoir lieu au moment de la réalisation de la condition. 2)*

¹⁵⁰⁷ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, op.cit., p.242.

¹⁵⁰⁸ Jacques RAYNARD, Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des contrats spéciaux* op.cit., p.81.

¹⁵⁰⁹ *Ibid.*, p.81.

Toutefois, la condition n'aura pas d'effet rétroactif si l'exécution de l'obligation devient impossible, avant la réalisation de la condition, par suite d'une cause étrangère non imputable au débiteur ». Enfin, puisque la promesse synallagmatique de vente engage ses parties, les héritiers et les ayants-cause universels d'une partie à une promesse synallagmatique ont les mêmes droits que cette partie elle-même et tenus, comme elle, par les mêmes obligations¹⁵¹⁰, parce qu'on ne peut les considérer comme des tiers après acceptation de sa succession. En cas de défaillance de leur part, l'autre partie a le droit de demander les dommages et intérêts ou de demander l'exécution forcée de leur promesse¹⁵¹¹.

B : Les effets de la promesse synallagmatique de vente à l'égard des tiers

475. Conformément au principe de l'effet relatif des contrats, la promesse synallagmatique n'a d'effet qu'entre ses parties contractantes ; elle ne nuit point au tiers. Ce principe est consacré expressément à l'article 1199 du Code civil français qui prévoit que « *le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties (...)* ». Et à l'article 1152 du Code civil égyptien disposant que « *le contrat n'oblige point les tiers, mais il peut faire naître des droits à leur profit* ». De ce fait, la vente immobilière est en principe consensuelle dans la mesure où la propriété est acquise à l'acheteur (le bénéficiaire de la promesse) par le seul effet de l'échange de consentements entre les parties¹⁵¹². Toutefois, il existe des exceptions à ce principe. La première exception est la publication de la promesse synallagmatique de vente immobilière, pour être opposable aux tiers. Ceci impose un acte authentique, selon l'article 4 du décret n°55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière qui dispose que « *tout acte sujet à publicité dans un service chargé de la publicité foncière doit être dressé en la forme authentique (...)* »¹⁵¹³. Si la promesse a été établie par acte authentique, et même si elle comporte des conditions suspensives, elle doit être obligatoirement publiée selon l'article 28 du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 qui prévoit que « *tous actes,*

¹⁵¹⁰ Cass.3^e ch. civ., 16 mai 1974, n° 73-10.984.

¹⁵¹¹ Cass.1^{re} ch. civ., 12 novembre 1975, n° 74-12.358.

¹⁵¹² Jean-Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL, Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat*, op.cit., p.362.

¹⁵¹³ Modifié par l'ordonnance n° 2010-638 du 10 juin 2010 - art.14.

*même assortis d'une condition suspensive, et toutes décisions judiciaires, portant ou constatant entre vifs (...) »¹⁵¹⁴. La deuxième exception, si la promesse est sous seing privée, elle ne peut être publiée sauf si, elle conformément à l'article 37-2, alinéa 1 du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955, qui dispose que « *procès-verbal notarié constatant le défaut ou le refus du cocontractant ou promettant de procéder auxdites réitération ou réalisation* »¹⁵¹⁵, c'est-à-dire que, seulement cette publicité rend l'opération opposable aux tiers. Le problème se pose dans le cas où le promettant (le vendeur) vend l'immeuble à un tiers, en dépit de la promesse non publiée, et si le tiers fait procéder à la publication de son acquisition. Selon la doctrine classique, celui qui a publié en premier son titre qui doit être préféré même s'il est de mauvaise foi, mais la jurisprudence a rejeté cette solution¹⁵¹⁶. Le législateur français pour résoudre les conflits entre acquéreur successif d'un même bien immobilier a consacré la solution jurisprudentielle dans l'article 1198 alinéa 2 du Code civil qui prévoit que « *lorsque deux acquéreurs successifs de droits portant sur un même immeuble tiennent leur droit d'une même personne, celui qui a, le premier, publié son titre d'acquisition passé en la forme authentique au fichier immobilier est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi* ». Le nouvel article permet au premier acquéreur « *d'invoquer la mauvaise foi de la seconde, ayant publié le premier, afin de l'empêcher de se prévaloir des effets de la publicité foncière* »¹⁵¹⁷. Ainsi, cet article permet de protéger l'efficacité de la promesse synallagmatique de vente en refusant la priorité au parti postérieur (le tiers) qui publierait le premier son titre d'acquisition, dès lors que celui-ci avait connaissance du premier acte translatif de propriété entre le promettant et le bénéficiaire de la promesse.*

476. En guise de conclusion, on peut déduire que les promesses de contrats en droit français et en droit égyptien sont divisées en deux types : la promesse unilatérale et la promesse synallagmatique. Ces contrats peuvent exister

¹⁵¹⁴ Modifié par la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 - art.72.

¹⁵¹⁵ Modifié par l'ordonnance n° 2010-638 du 10 juin 2010 - art.14.

¹⁵¹⁶ Cass.3^e ch. civ., 30 janvier 1974, n° 72-14.197.

¹⁵¹⁷ Pascal PUIG, *Contrats spéciaux*, *op.cit.*, p.199.

avant la conclusion de tout contrat, mais les plus importants de ces contrats sont la promesse unilatérale de vente et la promesse synallagmatique de vente. Il convient de noter que les Codes civils français et égyptien ont organisé ces promesses de manière différente. Le Code civil français définissait la promesse unilatérale de contrat et déterminait son régime juridique à l'article 1124, ainsi, il a défini la promesse synallagmatique de vente à l'article 1589. Cependant, il ne codifiait pas la promesse synallagmatique de contrat dans un article propre. Quant au Code égyptien, il énonçait une définition et un système unifié pour les deux types de promesses dans ses articles 101 et 102, c'est-à-dire que le Code civil égyptien établit une théorie générale pour les promesses de contrat, sans faire de distinction entre la promesse unilatérale et la promesse synallagmatique. En revanche, il a ignoré la codification de la promesse synallagmatique de vente comme son homologue français. Ces définitions conduisent à la différence sur la nature juridique de ces promesses. En droit égyptien, la promesse unilatérale ou synallagmatique est un contrat préparatoire, la promesse synallagmatique de vente l'étant également. Pourtant, en droit français on peut qualifier la promesse unilatérale comme un contrat préparatoire, mais on ne peut pas considérer la promesse synallagmatique de vente comme un contrat préparatoire sous l'empire de l'article 1589. La promesse unilatérale et la promesse synallagmatique en tant que contrats en droit français et égyptien sont soumis aux règles prévues aux articles 1128 du Code civil français et les articles 89 à 137 du Code civil égyptien. Dans le cadre de la promesse de vente unilatérale ou synallagmatique, la promesse doit comporter les éléments essentiels de la vente à venir. Ces éléments essentiels en droit français sont la chose et le prix et en droit égyptien ce sont : la chose, le prix et la durée. Ces promesses sont à l'origine des contrats consensuels, mais parfois la loi ou les parties à la promesse exigent certaines conditions de formes. En fin, si les conditions de fond et de forme des promesses sont remplies, ces promesses font naître des obligations et des effets juridiques que les parties doivent respecter. Ces effets sont différents en fonction de la nature de la promesse unilatérale ou synallagmatique. Ainsi, dans le cadre de la promesse unilatérale de contrat ses effets avant la levée de l'option sont différents de ceux après la levée de l'option. De ce fait, la promesse synallagmatique a des effets juridiques différents entre ses parties et à l'égard des tiers.

Conclusion partie 2

477. En premier lieu, on constate que la notion de contrats préparatoires est un nouveau concept qui a été créé par la réalité pratique pour répondre aux besoins des négociateurs dans un monde juridique devenant de plus en plus complexe. Cette notion est large et inclut tout contrat visant à conclure le contrat proposé. La notion de contrats préparatoires est similaire à un certain nombre de notions juridiques proches (le contrat préliminaire, avant-contrat, la lettre d'intention, etc.), mais elle ne doit pas être confondue avec eux. Dès lors, il semble que le contrat préparatoire est considéré comme un contrat d'une nature spéciale. On peut affirmer qu'il n'existe pas de régime juridique unique pour tous les contrats préparatoires, soit en droit français soit en droit égyptien, mais chaque contrat préparatoire a un régime différent. Le contrat préparatoire, comme tout contrat, pour être valide doit remplir les conditions de fond dans le droit français (le consentement, la capacité, un contenu certain et licite) et le droit égyptien (le consentement, l'objet certain et la cause). À propos des conditions de forme du contrat préparatoire, on souligne que le contrat préparatoire est un contrat consensuel en droit français et égyptien formé par le seul échange des consentements entre ses parités. En deuxième lieu, grâce à l'importance de certains contrats préparatoires dans la pratique, le législateur français a codifié deux contrats (le pacte de préférence et la promesse unilatérale) tandis que le législateur égyptien en a codifié qu'un seul (la promesse unilatérale). En ce qui concerne le premier contrat, le pacte de préférence est un contrat unilatéral, à titre gratuit en droit français et en droit égyptien et un contrat préparatoire nommé en droit français, innommé en droit égyptien. D'ailleurs, le pacte de préférence comme tout contrat, est donc soumis aux conditions générales de fond et de forme. L'article 1123 du Code civil français permet de constater que les sanctions en cas de violation de ce pacte sont : les dommages-intérêts, l'annulation du contrat conclu avec le tiers et la substitution du bénéficiaire du pacte dans les droits du tiers. En revanche, la seule sanction acceptée par la doctrine et la jurisprudence en Égypte est les dommages-intérêts. À propos du deuxième contrat, les promesses de contrat sont de véritables contrats préparatoires qui précèdent la conclusion du contrat définitif. De toute façon, ces promesses sont divisées en deux types : la promesse unilatérale et la promesse synallagmatique. Il

convient de souligner que le Code civil français a codifié la promesse unilatérale à son article 1124 et la promesse synallagmatique de vente dans son article 1589. Alors que le Code civil égyptien a consacré les promesses de contrat à son article 101 qui énonce une définition uniforme des deux promesses et elle a également établi leurs régimes juridiques. La promesse unilatérale et la promesse synallagmatique en tant que contrats en droit français et égyptien sont soumis aux conditions générales de fond et de forme. Pourtant, la promesse de vente unilatérale ou synallagmatique, doit comporter les éléments essentiels de la vente à venir en droit français (la chose et le prix) et en droit égyptien (la chose, le prix et la durée). En générale, les promesses sont des contrats consensuels, mais parfois la loi ou les parties à la promesse exigent certaines conditions de formes.

Conclusion générale

478. L'analyse du droit français et égyptien nous a permis en premier lieu de mettre en évidence l'absence de la notion de période précontractuelle dans l'ordonnance de 2016. Il était préférable que le législateur français ait nommé la première section, après le chapitre portant sur la formation du contrat, « la période précontractuelle » au lieu de la conclusion du contrat. L'utilisation de la notion de période précontractuelle, comme terme plus général, représente une expression sincère de la nature de la phase qui précède le contrat définitif. Ainsi, on a conclu que la période précontractuelle est limitée par l'invitation à entrer en négociation et le moment de la conclusion du contrat définitif. On peut affirmer que l'ordonnance de 2016 a été en mesure de créer un cadre juridique pour les négociations précontractuelles par l'adoption des principes de la liberté précontractuelle, la bonne foi précontractuelle et l'obligation précontractuelle d'information. Dans les deux régimes comparés, la responsabilité précontractuelle est une responsabilité délictuelle selon les articles 1240, 1104 et 1112 du Code civil français et l'article 163 du Code civil égyptien. On peut déplorer que l'ordonnance n'ait pas mentionné la nature délictuelle de la responsabilité précontractuelle à l'article 1112 afin de résoudre le conflit doctrinal. Ce qui était le cas dans le projet d'ordonnance de 2015 à son article 1111, qui a explicitement souligné que la responsabilité précontractuelle est une responsabilité délictuelle. De ce fait, les Codes civils français et égyptien n'abordent pas des conditions spéciales pour la responsabilité précontractuelle, qui est donc soumise à la théorie générale de la responsabilité délictuelle. Toutefois, les conditions de responsabilité précontractuelle (la faute précontractuelle, le préjudice précontractuel et la causalité précontractuelle) bénéficient d'une certaine particularité.

479. En deuxième lieu, les contrats préparatoires sont une notion juridique qui comprend chaque contrat et dont l'objet est de préparer et le but est de conclure le contrat définitif. Il était donc nécessaire de noter que le contrat préparatoire est une notion différente de certaines notions similaires telles que le contrat préliminaire, l'avant-contrat et les avant-contrats. Le contrat préparatoire ne peut pas être qualifié de contrat partiel, ni de contrat conditionnel, mais il est

considéré comme un contrat de nature spéciale. Dès lors, on peut constater que, le contrat préparatoire n'a pas un régime juridique propre. Il est divisé en de nombreux régimes spécifiques aux contrats qui le composent. Le contrat préparatoire comme tout contrat, pour être valide, doit remplir les trois conditions de fond, en droit français : le consentement, la capacité, le contenu certain et licite, et en droit égyptien : le consentement, l'objet certain et la cause. Le contrat préparatoire en général est un contrat consensuel, qui n'a pas besoin d'une forme particulière pour le conclure. Il est important de mentionner que l'ordonnance consacre des nouveaux articles précis pour deux types de contrats préparatoires (le pacte de préférence et la promesse unilatérale). Il a énoncé également leur définition et leur cadre juridique dans ses articles 1123 et 1124. Cependant, l'ordonnance laisse de côté d'autres contrats préparatoires. Il est difficile de savoir pourquoi le législateur a choisi seulement ces deux contrats. Également, il est très difficile de juger la quantité, puisque chaque auteur y emploie une typologie différente. Toutefois, on peut acquiescer qu'il manque un certain nombre de contrats préparatoires, puisque on considère qu'il n'en existe pas que deux contrats, à la vue de la lecture sur le sujet. En tout cas, on ne peut pas inclure la promesse synallagmatique de contrat de vente au sein de la catégorie des contrats préparatoires. En revanche, en droit égyptien la promesse synallagmatique de vente est un contrat préparatoire, distinct du contrat définitif.

480. En dernier lieu, au sortir de ces différentes analyses, on peut proposer au législateur français d'adopter les articles suivants : premièrement, l'article 169 du Code civil égyptien qui dispose que « *lorsque plusieurs personnes sont responsables d'un fait dommageable, elles sont obligées solidairement à la réparation du dommage. La responsabilité sera partagée entre elles par parts égales, à moins que le juge n'ait fixé la part de chacun dans l'obligation de réparer* » au lieu de l'article 1310 du Code civil français qui prévoit que « *la solidarité est légale ou conventionnelle ; elle ne se présume pas* ». Ceci signifie que la solidarité ne se présume pas, soit elle était active ou passive, soit elle était légale ou conventionnelle. Donc, la victime de la rupture doit diviser son recours entre chaque auteur de la rupture, sauf exception légale. Au contraire, l'article 169 du Code civil égyptien fournit la meilleure solution pour résoudre le problème de la solidarité légale. En outre, il garantit une protection optimale de la victime de la

rupture des négociations, qui peut gagner du temps et de l'argent. Par conséquent, cette solution encourage les négociateurs à entrer en négociations sans crainte et hésitation. Deuxièmement, les articles 101¹⁵¹⁸ et 102¹⁵¹⁹ du Code civil égyptien, définissent et déterminent un système unifié pour les deux types de promesses, sans faire de distinction entre la promesse unilatérale et la promesse synallagmatique. Ceci conduit à la création d'une théorie générale de ces promesses de toutes sortes. De même, on peut proposer au législateur égyptien d'adopter les articles 1104 et 1112 du Code civil français. Ces articles consacrent le principe de la liberté précontractuelle, de la bonne foi précontractuelle et de l'obligation précontractuelle d'information, qui pourraient constituer un cadre juridique pour la période de négociations précontractuelles. On propose également l'adoption de l'article 1123 qui a défini et déterminé le régime juridique pour le pacte de préférence comme un contrat préparatoire.

481. Dans un dernier mot, en réponse à la question générale de cette thèse, on peut affirmer que l'analyse et l'interprétation de la position législative, doctrinale et jurisprudentielle indique qu'il n'y a pas de régime juridique pour la période précontractuelle, bien que le législateur français ait déjà consacré certains principes régissant les négociations précontractuelles et ait organisé deux types de contrats préparatoires. Dès lors, on appelle les chercheurs à poursuivre leurs études sur ce sujet afin de créer un cadre juridique qui réglemente cette période. Ainsi, il semble préférable que les législateurs français et égyptien adoptent un régime juridique homogène. Ce dernier peut définir la période précontractuelle, la notion des négociations précontractuelles, la notion de contrats préparatoire, déterminer les limites de la période précontractuelle, la nature de la responsabilité

¹⁵¹⁸ L'article 101 « 1. La convention par laquelle les deux parties, ou l'une d'elles, promettent de conclure dans l'avenir un contrat déterminé n'est conclue que si tous les points essentiels du contrat envisagé et le délai dans lequel ce contrat doit être conclu sont précisés ; 2 Lorsque la loi subordonne la conclusion du contrat à l'observation d'une certaine forme, celle-ci s'applique également à la convention renfermant la promesse de contracter ».

¹⁵¹⁹ L'article 102 « Lorsque la partie qui s'est obligée à conclure un contrat s'y refuse, le tribunal peut, à la demande de l'autre partie, si toutefois les conditions requises pour la conclusion de ce contrat sont réunies, notamment celles relatives à la forme, rendre un jugement qui, passé en force de chose jugée, vaudra contrat ».

précontractuelle, la qualification du contrat préparatoire, les droits et les obligations des parties du contrat préparatoire.

Bibliographie

I. Ouvrages généraux, traités, et manuels

En droit français

ANDRREU Lionel, THOMASSIN Nicolas, Cours de droit des obligations, 1^{re} éd, Gualino, 2016.

AUBERT Jean-Luc, Collart DUTILEUL François, Le contrat droit des obligations, Dalloz, 5^e éd, 2017.

AUBERT Jean-Luc, FLOUR Jacques, SAVAUX Éric, Droit civil : Les obligations, Le fait juridique : quasi-contrats, responsabilité délictuelle, Tome 2, 14^e éd, Sirey, 2011.

AUBERT Jean-Luc, FLOUR Jacques, SAVAUX Eric, Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, 13^e éd., Sirey université, 2008.

BACACHE-GIBEILI Mireille, LARROUMET Christian (dir.), Traité de droit civil, Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle, Tome 5, 3^e éd, Économica, 2016.

BACACHE-GIBEILI Mireille, Traité de droit civil, Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle, Tome 5, 2^e éd, Économica, Paris, 2012.

BENABENT Alain, Droit des obligations, À jour de la réforme de 2016 et des projets de 2017, 16^e éd LGDJ, 2017.

BRUN Philippe, Responsabilité civile extracontractuelle, 4^e éd, Lexis Nexis, 2016.

BRUSORIO-AILLAUD Marjorie, Droit des obligations, 8^e éd, Bruylant, 2017-2018.

BUFFELAN-LANORE Yvaine, LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, Droit civil. Les obligations, 15^e éd, Sirey, 2017.

CABRILLAC Rémy, Dictionnaire du Vocabulaire Juridique, 8^e éd, Lexis Nexis, 2017.

CARBONNIER Jean, Droit civil les obligations, tome 4, 22^e éd, Thémis, presses universitaires de France, (PUF), 2000.

CHÉNEDÉ François, Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidations, innovations, perspective, 1^{re} éd, Dalloz, 2016.

COLLART-DUTILLEUL François, AUBERT Jean-Luc, Le contrat. Droit des obligations, 5^e éd, Dalloz, 2017.

DELEBECQUE Philippe, PANSIER Frédéric-Jérôme, Droit des obligations, Responsabilité civile, délit et quasi-délit, 7^e éd, Lexis Nexis, 2016.

- DELEBECQUE Philippe, PANSIER Frédéric-Jérôme**, Droit des obligations, contrat et quasi-contrat, 7^e éd, Lexis Nexis, 2016.
- FABRE-MAGNAN Muriel**, Droit des obligations, tome 1, Contrat et engagement unilatéral, 4^e éd, PUF, 2016.
- FAGES Bertrand** (sous la dir.), Lamy Droit du contrat, coll. Lamy Droit civil, 2018.
- FAGES Bertrand**, Droit des obligations, 7^e éd, Manuels, Lextenso, LGDJ, 2017.
- FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, MAZEAUD Denis**, Terminologie contractuelle commune, Association Henri Capitant des Amis de la culture juridique française, Société de législation comparée, 2008.
- FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, SAVAUX Eric**, Les obligations, 1. l'acte juridique, DALLOZ, 16^e éd, 2014.
- GAZZANIGA Jean-Louis**, Introduction historique au droit des obligations, PUF, 1992.
- GHESTIN Jacques, DESHÉ Bernard**, Traité des Contrats, La Vente, LGDJ, 2003.
- GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie**, La formation du contrat. Tome 1 : Le contrat - Le consentement, LGDJ ; 4^e éd, 2013.
- GHESTIN Jacques**, Traité de droit civil, La formation du contrat, LGDJ, Paris, 1993.
- GHESTIN Jacques**, Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, LGDJ, 1980.
- GUINCHARD Serge, DEBARD Thierry**, (dir.), Lexique des termes juridiques, Dalloz, 25^e éd, 2017-2018.
- HOUTCIEFF Dimitri**, Droit des contrats, 3^e éd, Bruylant, 2017-2018.
- JAMIN Christophe, GHESTIN Jacques, BILLIAU Marc**, Les effets du contrat, 3^e éd, LGDJ, 2001.
- JOLY-HURARD Julie**, Conciliation et médiation judiciaires, presses universitaires d'Aix-MARSEILLE, 2003.
- JULIEN Jérôme**, Droit des obligations, 3^e éd, Bruylant, Collection Paradigme, 2017.
- LACHIÉZE Christophe**, Droit des contrats, 4^e éd, Ellipses Marketing, 2016.
- LARROUMET Christian, BROS Sarah**, Traité de droit civil, les obligations, le contrat, Tome 3, 8^e éd, ECONOMICA, 2016.
- LARROUMET Christian**, Droit civil, les obligations, le contrat, Tome 3, 6^e éd, Economica, 2007.
- LE TOURNEAU Philippe, BLOCH Cyril, GIUDICELLI André, GUETTIER Christophe, JULIEN Jérôme, KRAJESKI Didier, POUMAREDE Matthieu**, Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation, Dalloz, 11^e éd, 2018-2019.

- LE TOURNEAU Philippe**, Contrats informatiques et électroniques, Dalloz, 9^e éd, 2016-2017.
- LE TOURNEAU Philippe**, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz Action, 2009.
- MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent, GAUTIER Pierre-Yves**, Droit des contrats spéciaux, LGDJ, 9^e éd, 2017.
- MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe**, Droit des obligations, LGDJ, 2017.
- MALINVAUD Philippe, FENOUILLET Dominique, MEKKI Mustapha**, Droit des obligations, 14^e éd, Lexis Nexis, 2017.
- MAZEAUD Jean, MAZEAUD Henri, CHABAS François, MAZEAUD Léon**, Leçons de droit civil, obligations, Théorie générale, Tome 2, Montchrestien, 9^e éd, 1998.
- MENDOZA-CAMINADE Alexandra**, Droit de la distribution, Montchrestien, 2011.
- MONTANIER Jean-Claude**, Le contrat, presses universitaires de Grenoble, 4^e éd, 2006.
- NICOLAS Véronique**, Droit des obligations, Le contrat, Ellipses Marketing, 2017.
- PORCHY-SIMON Stéphanie**, Droit civil 2e année. Les obligations, Dalloz, 10^e éd, 2018.
- POTHIER Robert Joseph**, Traité des obligations, Dalloz, Paris, 2011.
- POUMAREDE Matthieu**, Droit des obligations, Lextenso, 3^e éd, 2014.
- RABU Gaylor**, Droit des obligations, Ellipses, 2017.
- RENAULT-BRAHINSKY Corinne**, Droit des obligations, Gualino, Extenso, 14^e éd, 2017-2018.
- STARCK Boris, ROLAND Henri, BOYER Laurent**, Droit civil, Les obligations, Tome 1, Responsabilité délictuelle, Litec, 5^e éd, 1996.
- TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves**, Droit civil. Les obligations, Dalloz, 11^e éd, 2013.
- TOULET Valérie**, Droit civil, les obligations, paradigme, 2008.
- VINEY Geneviève, GHESTIN Jacques** (sous la dir.) Introduction à la responsabilité, 3^e éd, LGDJ, 2008.
- VINEY Geneviève, JOURDAIN Patrice, CARVAL Suzanne, (dir), GHESTIN Jacques**, Les conditions de la responsabilité, 4^e éd, LGDJ, 2013.
- VIRASSAMY Georges, BEHAR-TOUCHAIS Martine**, Traité des contrats. Les contrats de la distribution, LGDJ, 1999.
- WEILL Alex, TERRÉ François**, Les obligations, Précis Dalloz, 1980.

En droit égyptien

ABD ALLAH FATHI Abdul Rahim, Les éléments du contrat comme une source de l'engagement, Le Caire, 1979.

ABD EL RAHMAN Ahmed, Le contrat et la volonté individuelle, Monshatte AL Marref, Alexandrie, 2005.

ABD EL-ALL Mohamed Hussein, Les Conventions des Négociations contractuelles, Dar El Nahda Al Arabya 1998, p.10.

ABD EL-BAKI Abd Al-Fatah, La théorie du contrat, Étude comparative de la loi islamique, Dar El Nahda Al Arabya, 1984.

ABD EL-BAKI Abd Al-Fatah, Le contrat de vente, Dar Al-Feker Al-Araby, 1965.

ABDEL RAHMAN Mohammed Hassan, Les sources des obligations, étude comparée, Dar EL Nahda Al Arabiya, 2010.

ABDUL HADI Jaber, La formation du contrat, « *Majalas alakad* », Dar Al jamaa EL jadida, Alexandrie, 2001.

ABU EL SAUD Ramadan Mohammed, La théorie générale de l'obligation, université d'Alexandrie, 2002.

ABU EL SAUD Ramadan Mohammed, Les principes de l'obligation dans la loi égyptienne et libanaise, El Dar El Gammiya, 1984.

ABU EL SAUD Ramadan Mohammed, Les sources des obligations, El Dar El Gammiya EL GADIDA, 2003.

ABU TALIB Sophie, Histoire des systèmes juridiques et sociaux, Dar EL Nahda Al Arabya, 1988.

AL ATTAR Abd Al Naser, Les sources des obligations, Dar EL Nahda AL Arabya, 1991.

AI SANHOURI Abd El Razaq, Al Waseet, La théorie générale de l'obligation, Tome 1, la responsabilité délictuelle, Dar El Nahda AL Arabya, 2010.

AI SANHOURI Abd El Razaq, Al Waseet, La théorie générale de l'obligation, Tome1, Le contrat, Dar El Nahda AL Arabya, 2010.

AI SANHOURI Abd El Razaq, Al Waseet, Les contrats translatifs de propriété, le contrat de vente, le contrat d'échange, Dar Al Nahda AL Arabya, 2010.

AI SANHOURI Abd El Razaq, Al Waseet, Les sources de l'obligation, Dar El Nahda AL Arabya, 2010.

Al-AWAJI Mustafa, Le droit civil, le contrat, tome1, 3^e éd, Le Centre arabe des publications, Beyrouth, 2003.

AL-CHERKAoui Jamil, L'explication des contrats civils, le contrat de vente et le contrat

d'échange, Dar El Nahda Al Arabya, Le Caire, 1991.

ALSADA Abd El Moneam Farag, La théorie du contrat, Dar El Nahda AL Arabya, 1960.

AYAD Abd El Rahman, La base de l'obligation contractuelle, Le bureau égyptienne moderne, Alexandrie, 1990.

EL BADRAOUI Abd El Moneim, La Théorie générale des obligations dans le Code civil égyptien, les sources de l'obligation, Dar El Nahda AL Arabya ,1997.

EL BADRAOUI Abd El Moneim, Le contrat de vente, Dar El Nahda AL Arabya, 1965.

EL GAMAL Mustafa, La théorie générale de l'obligation, Tome 1, Les Sources de l'obligation, Monshatt EL Mareffe, Alexandrie 1985.

EL ZEIN Mohammed, La théorie générale des obligations, Le contrat, 2^e éd, Matbat El waffa, Tunisie,1997.

ELDESOUKI Ibrahim Abu-Lail, La théorie de l'obligation, le contrat et la volonté, Publications de l'Université du Koweït, 1995.

GHANEM Ismail, La théorie générale de l'obligation, Les Sources de l'obligations, Tome1, Dar EL Nahda AL Arabya, 1968.

HIJIAZI Abdulhai, Introduction à l'étude du droit, publications Université du Koweït, 1970.

KASSEM Mohamed Hassan, Le droit civil, les obligations, le contrat, Tome1, Manshourat EL Halabi, 2018.

MAHFOUD Mohamed, Le contrat, Mogamma El Atrach, Tunisie, 2012.

MORCOS Soliman, Al Wafi (L'explication détaillée) Pour expliquer l'droit civil, La théorie générale des obligations, Beyrouth, Bibliothèque SADER, 1998.

MORCOS Soliman, Al Wafi (L'explication détaillée) Pour expliquer la droit civil, les contrats nommés, le contrat de vente, 5^e éd, Le Caire, Dar Al-kotob Al-Kanony, 1990.

MORSI Mohamed Kamel, SKIKAR Mohamed Ali, MORSI Motaz Kamel, Les contrats nommés, le contrat de vente, le contrat d'échange, Tome 6, Monshatt EL Mareffe, Alexandrie, 2005.

NASSIM Joseph, Le Moyen Âge, la Fondation universitaire de Jeunesse, 1983.

RUSHDI Mohamed EL Said, Le contrat par les moyens modernes de communication, Alexandrie, Monshatte AL Marref, 2005.

SAAD Nabil Ibrahim, La théorie générale des obligations, les sources des obligations, Dar EL Gamma El gadida, Alexandrie, 2007.

SAAD Nabil Ibrahim, Les contrats nommés, le contrat de vente, Dar EL Gamma El Jadida, Alexandrie, 2010.

SHANAB Mohamed Labib, Les leçons de la théorie générale des obligations, Dar AL Nahda Al Arabya, Le Caire, 1976.

SHITATA Shafiq, La théorie des obligations dans le droit romain, Dar EL Nahda AL Arabya, 1959, p.35.

SULTAN Anwar, La Théorie générale des obligations, Dar El Nahda Al Arabya, 1983.

SULTAN Anwar, Les contrats nommés, Dar El Nahda Al Arabya, 1970.

TANAGHO Samir, Le contrat de vente, Maktabat Al-Wafa Al-Kanoniya, Alexandrie, 2009.

ZAKI Mahmoud Jamal Al-Din, Le contrat de vente, publications de l'université du Koweït, 1975.

ZAKI Mahmoud Jamal Al-Din, Les contratras nommés, Dar Al ketab Al Araby, Le Caire, 1960.

II. Ouvrages spéciaux, Thèses

1. Ouvrages spéciaux

En droit français

ALBARIN Alexis, De la perte de confiance légitime en droit contractuel. Essai d'une théorie, Mare & Martin, 2012.

ANCEL François, FAUARQUE-COSSON Bénédicte, GEST Juliette, Aux sources de la réforme du droit des contrats, Dalloz, 2017.

ATIAS Christian, Le contrat dans le contentieux judiciaire, Lexis Nexis, 2010.

BASHET Dominique, AYRNÉS Laurent (Préface), La Franchise : Guide juridique-Conseils pratiques, Gualino Éditeur, 2005.

BEATRICE Jaluzot, La bonne foi dans les contrats, Études comparatives de droit français, Allemand et Japonais, Dalloz, 2001.

BEHAR Martine, VIRASSAMY Georges, Les contrats de la distribution, Paris, LGDJ, 1999.^[1]_{SEP}

BENABENT Alain, Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, 12^e éd, LGDJ, 2017.

BÉNAC-SCHMIDT Françoise, Le contrat de promesse unilatérale de vente, LGDJ, 1983.

BENILLOUCHE Mikaël, L'avant-contrat : actualité du processus de formation des contrats, PUF, 2008.

BLANC Nathalie, Le pacte de préférence et le temps, Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet, Dalloz, 2012.

BOUCHON François, L'évaluation des préjudices subis par les entreprises, Lexis Nexis, Litec, 2002.

BOULAUD David, PUDICO Jimmy, MARCOU Pauline, L'action interrogatoire, la réforme du droit des contrat : actes de colloque, 1^{ère} Journée Cambacérès, 3 juillet 2015, université de Montpellier, 2015.

BOURDELOIS Béatrice, Droits des contrats spéciaux, 4^e éd, Dalloz, 2017.

CALMES Sylvia, Du principe de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français, Paris, Dalloz, 2001.

CAPITANT Henri, TERRÉ François, LEQUETTE Yves, CHÉNEDÉ François, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, obligations, contrats spéciaux, sûretés, tome 2, 13^e éd, Dalloz, 2015.

CATALDO Andrea, PÜTZ Audrey (dir.), Trois conditions pour une responsabilité civile, Anthemis, 2016.

- CHANTEPIE Gaël, LATINA Mathias**, Le nouveau droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, 2^e éd, Dalloz, 2018.
- CHANTEPIE Gaël, LATINA Mathias**, La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016.
- CHASSAGNARD-PINET Sandrine, HIEZ David (dir.)**, La contractualisation de la production normative, Dalloz, 2008.
- CHAUVEL Patrick**, Consentement, Dalloz, 2012.
- COLLART DUTILLEUL François**, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, Paris, Sirey, 1988.
- CORNU Gérard**, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, 12^e éd, 2018.
- DAGOT Michel**, Le pacte de préférence, Paris, Litec, 1988.
- DAMAS Nicolas**, La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance, Journée nationale, Tome XX, Nancy, Association Henri Capitant, Dalloz, 2016.
- DARMAISIN Stéphane, TEYSSIE Bernard**, Le contrat moral, LGDJ, 2000.
- DESHAYES Olivier, GENICON Thomas, LAITHIER Yves-Marie**, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, Lexis Nexis, 2016.
- DESHAYES Olivier, MAZEAUD Denis, CARTWRIGHT John, SERAGLINI Christophe**, L'avant-contrat : Actualité du processus de formation des contrats, PUF, CEPRISCA, 2008.
- DIEUX Xavier**, Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui : essai sur la genèse d'un principe général de droit, Paris, LGDJ, 1995.
- DISSAUX Nicolas**, Droit de préférence vs droit de la concurrence : fin de partie ? AJ Contrat 2016.
- DISSAUX Nicolas, JAMIN Christophe**, Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : rendu public le 25 février 2015 : commentaire article par article, Dalloz, 2016.
- DOUVILLE Thibault (dir.)** Collectif, La réforme du droit des contrats. Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, 1^{re} éd, Gualino, Hors collection, 2016.
- DUMERY Alexandre**, La faute de la victime en droit de la responsabilité civile, LGDJ, L'Harmattan, Paris, 2011.

- EI SAYED ARAFA Mohamed**, (Collectif), La circulation du modèle juridique français », Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la culture juridique française, Lexis Nexis, 1994.
- FAGES Bertrand**, Le comportement du contractant, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, P.U.A.M.1997.
- FAUVARQUE-COSSON Bénédicte**, La confiance légitime et l'estoppel, Contributions en français et en anglais, Société de législation comparée, 2007.
- FERRIER Didier**, La détermination du prix dans les contrats stipulant une obligation d'approvisionnement exclusif, Dalloz, 1991.
- FONTAINE Marcel (dir.)**, Le processus de formation du contrat, contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2002.
- FRÉMONT Michel**, Droit allemand des affaires, Paris, Éditions Montchrestien, 2001.
- GATSI Jean**, Le contrat-cadre, LGDJ, 1996.
- GRIMALDI Michel, VERNIÈRES Christophe, (Collectif)**, Un an d'application de la réforme des contrats, quel impact sur la pratique notariale ? 1^{re} éd, Defrénois, 2017.
- GRIMAUD Damien**, L'avant-contrat : actualité du processus de formation des contrats, PUF, 2008.
- HUET Jérôme, DECOCQ Georges, GRIMALDI Cyril, LÉCUYR Hervé, MOREL-MAROGER Juliette, (dir. GHESTIN Jacques)**, Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux. 3^e éd, LGDJ, Lextenso, 2012.
- JALUZOT Béatrice**, La bonne foi dans les contrats, Dalloz, 2001.
- JAVELOT Sylvie**, La loyauté dans le commerce Internationale, Économica, 1998.
- JOSSERAND Louis, Préface de DEROUSSIN David**, De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits, 2^e éd, Dalloz, 2006.
- KENFACK Hugues**, La consécration de la confiance comme fondement de la force obligatoire du contrat ? Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008.
- KENFACK Hugues, RINGLER Solène**, Droit des contrats spéciaux, LGDJ, 2017.
- LABARTHE Françoise**, La notion de document contractuel, LGDJ, 1994.
- LAMAZEROLLES Eddy**, Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente, LGDJ, 2003.
- LAMBERT-FAIVRE Yvonne, PORCHY-SIMON Stéphanie**, Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation. Dalloz, 8^e éd, 2016.

- LARRIBAU-TERNEYRE Virginie (dir.), PELLÉ Sébastien (dir.)**, Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité, Acte du colloque du 20 Mai 2016, Presses Universitaires de Pau et des Pays de l'Adour, P.U.P.P.A., Le droit en mouvement, 2016.
- LE TOURNEAU Philippe**, Responsabilité des vendeurs et fabricants, Dalloz, 5^e éd, 2015.
- MAINGUY Daniel**, Contrats spéciaux, 10^e éd, Dalloz, 2016.
- MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe**, Droit des obligations, 9^e éd, LGDJ, 2017.
- MERCADAL Barthélémy**, Contrats et droits de l'entreprise, Memento Francis Lefebvre 1998.
- MOUSSERON Jean-Marc**, A propos des contrats d'assistance et de fourniture, Dalloz. 1973.
- MOUSSERON Jean-Marc, GUIBAL Michel, MAINGUY Daniel**, L'avant-contrat, éditions Francis Lefebvre, 2001.
- MOUSSERON Jean-Marc**, La durée dans la formation des contrats, Études offertes à A. JAUFFRET, Faculté de droit et de science politique d'Aix Marseille, 1974.
- MOUSSERON Jean-Marc, RAYNARD Jacques, SEUBE Jean-Baptiste**, Technique contractuelle, 5^e éd, Lefebvre Francis, 2017.
- NGUYEN Minh Hang**, La vent internationale et droit vietnamien de la vente, Presses universitaires François-Rabelais, 2010.
- PÉDAMON Michel**, Le contrat en droit allemand, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2004.
- PICOD Yves**, L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, PUAM, 1993.
- POULET Olivier**, Savoir négocier ses contrats, Delmas, 1^{re} éd, 2007.
- PUIG Pascal**, Contrats spéciaux, 7^e éd, Dalloz, 2017.
- RAYNARD Jacques, SEUBE Jean-Baptiste**, Droit des contrats spéciaux, 9^e éd, Lexis Nexis, 2017.
- RENAULT-BRAHINSKY Corinne**, Le nouveau droit des contrats, La réforme des contrats, du régime général et de la preuve des obligations en 22 fiches expliquées, Gualino, 2016.
- RIEG Alfred**, La punctuation : contribution à l'étude de la formation successive du contrat, Études offertes à Alfred Jauffret, Éditions de la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974.
- RIPERT Georges**, La règle morale dans les obligations civiles, 1949, LGDJ, 4^e éd, Réimpression, 2000.

- ROCHFELD Judith**, Les droits potestatifs accordés par le contrat, in *Études offertes à GHESTIN Jacques*, Le contrat au début du XXI^e siècle, LGDJ, Paris, 2001.
- ROMAIN Jean-François**, Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé, Bruylant, 2000.
- ROUHETTE Georges**, Principes du droit européen du contrat, Paris, Société de législation comparée, 2003.
- ROUVIÈRE Frédéric**, Le pacte de préférence rapproché des droits de préemption, Defrénois, Lextenso, 2012.
- SAINT-ALARY-HOUIN Corinne**, Le droit de préemption, LGDJ, 1979.
- SCHMIDT Joanna**, Négociation et conclusion de contrats, Paris, Dalloz, 1982.
- SIMLER Philippe**, Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations, LexisNexis, 2016.
- TERRE François, BLOCH Cyril**, Pour une réforme du droit de la responsabilité civile. Dalloz, 2011.
- TESTU François-Xavier**, Contrats d'affaires, Dalloz, 2011.
- VALLAENS Jean-Luc, WALTER Rolland, FERRY-MACARIO Nicole, HAYAT Mirko, MÉDINA Annie, REBYROL Vincent, ROQUILLY Christophe, BERTREL Marina**, Droit de l'entreprise, 19^e éd, Lamy, 2014.
- VINEY Geneviève**, Le déclin de la responsabilité individuelle, Paris, Anthologie du droit, LGDJ, 2013.
- ZEIN Youmna**, Les pools bancaires : aspects juridiques, préf. Ch. Larroumet, Economica, 1998.

En droit égyptien

ABD AL-GAWAD Mustafa Ahmed, Les lettres d'intention émis par des tiers dans le domaine du crédit, Dar Al-Faker Al-Gamyai, Alexandrie, 2000.

ABD AL-RAHMAN Ahmed Shawqi, La responsabilité civil dans la doctrine et la jurisprudence égyptienne et françaises, Monshatte AL Marref, Alexandrie, 2007.

ABD AL-RAHMAN Fayez Ahmed, La responsabilité délictuelle et contractuelle et la possibilité de la victime de choisir entre eux, Dar AL Nahda Al Arabya, 2006.

ABD ALLAH Hoda, Le système juridique de la période précontractuelle, Bibliothèque SADER, Beyrouth, 2004.

ABD EL BAQI Omar Mohammed, La protection civile pour le consommateur, Monshat El Marrafe, Alexandrie, 2008.

ABD EL SALAM Sayeed, L'obligation de divulguer dans les contrats, Tome1, Dar AL Nahda Al Arabya, Le Caire, 2000.

ABD ELAZIZ Hamoud, Les aspects juridiques de la phase de négociation, Faculté de droit, université du Menoufia, 2005.

ABD-EL-AAL Mohamed Houssyen, L'accord de régler les négociations contractuelles, Étude comparée analytique pour les moyens des négociations dans le commerce international, Dar Al Nahda Al Arabya, Le Caire, 1998.

ABDOU Mohamed Ali, Le rôle de la forme dans le contrat, étude comparée, Beyrouth, ZAIN publications juridiques, 2007.

ABDUL LATIF Abdul Halim, Le principe de bonne foi et son impact sur les actions juridiques, étude comparative, Dar Al Nahda Al Arabya, Le Caire, 1997.

ABU-SAHILEH Sami Awad Aldeeb, Introduction à la société musulmane : Fondements, sources et principes, Eyrolles, Paris, 2005.

AHMED Wael Hamdi, La bonne foi dans les ventes Internationales, Dar Al Nahda Al Arabya, Le Caire 2010.

AL ZARKAD Ahmed Al-Saeed, Vers une théorie générale de la rédaction des contrats, étude comparative sur le pouvoir contraignant des documents contractuels, Publications de la Université du Koweït, 2001.

AL-AWDAN Samir Abdel Samie, Les lettres d'intention dans le cadre de la négociation du contrat, Dar El Nahda Al Arabya, 2005.

- AL-HADAD Hafizza**, Les contrats entre le État et les personnes morales étrangères, Halabi publications juridiques, Beyrouth, 2003.
- AL-JANABIHI Mounir Mohammed, AL-JANABIHI Mamadou Mohammed**, L'utilisation les lettres électroniques dans les contrats internationaux, Dar AL-FAKER AL-GAMIYA, Alexandrie, 2006.
- AL-MAHDI Nazeh Mohamed**, L'engagement précontractuel, Dar Al Nahda Al Arabya, 1990.
- AL-SADA Abdel Monaim Farag**, Les sources d'obligation, Dar EL Nahda Al Arabya, 1992.
- ALI Mohamed wahid**, La promesse de contrat, Dar Al Nahda AL Arabya, 2003.
- ALSIRAFI Yasser Kamel**, L'acte juridique formel en droit égyptien, Dar Al Nahda AL Arabya, 1992.
- ARAFA EL-Sayed Abdel Wahab**, La promesse de contrat et le pacte de préférence, Dar Al-Wafa Al-Kanoniya, Alexandrie, 2017.
- BADER Osama Ahmed**, La protection des consommateurs dans les contrats électroniques, Dar EL Gamma El Gadida, 2005.
- BAKAR Esmat Abdel Majeed**, La théorie du contrat dans les droits civils arabes, étude comparée, Dar Al kotob AL-Alamyia, 2015.
- BEL HAJ EL Araby**, Le cadre juridique de la phase précédant à la conclusion du contrat, dans le droit civil algérien étude comparative, Dar Waal, 2010.
- DESOUKI Mohamed Ibrahim**, L'obligation précontractuelle de l'information, Dar Ehab, Assiout, 1985.
- EL ADAWY Galal**, Les sources des obligations, Monshatte AL Marref, Alexandrie, 1997.
- EL AHWANI Hossam El Din, ABD ELRAHMAN Hamdi**, Les fondements du droit, Le Caire, Dar-Abou-Al majd, 1996.
- EL AHWANI Hossam El Din**, Le contrat de vente dans le droit des contrats koweïtienne, étude comparative, Zat El Salasel, 1989.
- EL AHWANI Hossam El Din**, Les origines du droit, Maison d'édition les fils de Wheba HASSAN, Le Caire, 1988.
- EL GAMAL Mustafa, ABD EL-AAL Okasha**, L'arbitrage dans les relations Internationales et nationales, Halabi publications juridiques, Beyrouth, 1998.
- El GAMAL Mustafa**, L'effort pour parvenir un contrat en droit comparé, Manshourat EL Halabi, 2001.

- EL NEMR Abou Al Ella**, Les négociations de contrats commerciaux internationaux, 2^e éd, Dar Abou El Magd, 2002.
- EL SADIQ EL Mahdi Nazeh**, L'engagement précontractuel de l'information, Dar AL Nahda Al Arabya, 1990.
- EL SAÏD Shawqi**, L'abus de droit, la nature et les critères dans la doctrine et la jurisprudence, Dar EL SHOROUK, 2008.
- EL SHARKAWY Gamel**, La théorie de la nullité de l'acte juridique, Le Caire, Dar AL Nahda Al Arabya, 1999.
- EL SHARKAWY Gamel**, La Théorie générale des obligations, les sources des obligations, Le Caire, Dar Al Nahda Al Arabya, 1981.
- EL SHARKAWY Gamel**, Les cours des contrats internationaux, Le Caire, Dar AL Nahda Al Arabya, 1997.
- ELKONY Abed El Halim**, La bonne et de son impact sur le comportement dans la doctrine islamique et le droit civil, Dar El Matboat El Gamiya, Alexandrie, 2004.
- FOUDA Abdel Hakim**, La promesse, la préparation du contrat, et le contrat préliminaire, Dar Al-Kotob Al-Kanoniya, 1992.
- GABR Adel Mohammed**, La valeur du silence dans l'annonce de la volonté, Dar EL Feker EL Araby, Alexandrie, 2003.
- HAMOOD Abd Alazi**, Les aspects juridiques de la phase de négociation, Faculté de droit, Université du Menoufia, 2005.
- HUSSEIN Mohamed Abdel Zaher**, La responsabilité civile délictuelle du contractant, Faculté de droit, Université du Caire, 2004.
- HUSSEIN Mohamed Abdel Zaher**, Les aspects juridiques de la phase précontractuelle, Faculté de droit, université du Caire, 2002.
- JABR Saïd**, Le pacte de préférence, Dar Al Nahda Al Arabya, Le Caire, 1993.
- JAMAL Al-Din ZAKI Mahmoud**, Les problèmes du responsabilité civile, tome1, Dar Al Fakir Al Araby, Le caire, 1998.
- KAHWAJI Fadwa**, D'assurer les défauts de vente dans la doctrine et la jurisprudence, Dar El Kotab El Kanonia, Le Caire, 2008.
- KASSEM Mohamed Hassan**, Les étapes de la négociation dans le contrat, Dar El gamma El Gadida, 2002.
- LOTFI Mohamed**, La responsabilité civile dans la phase de négociation, Dar Al Nahda Al Arabya, 1998.

- MAHFOUZ Mohamed**, Le devoir d'informer le consommateur, Dar El ketab El kanoni, Tunisie, 1984.
- MANSOUR Mohammed Hussein**, Les contrats internationaux, les négociations et la conclusion du contrat, Dar AL Jamma AL Jadida, Alexandrie, 2006.
- OMRAN El Saïd**, L'engagement de l'information, Dar El Matboaat, Alexandrie, 1996.
- SAAD Nabil Ibrahim**, Les contrats nommés, Monshatt EL Mareffe, Alexandrie, 2001.
- SAID Abd El Salam**, L'engagement de l'information dans les contrats, 1re éd, Dar Al Nahda Al Arabya, 1999.
- SALAMA Ahmad**, Introduction à l'étude du droit, Dar Al Nahda AL Arabya, Le Caire, 1974.
- SALAMA Ahmad**, Les négociations de contrats internationaux, Dar Al Nahda AL Arabya, 1998.
- SALAMA Ahmad**, Loi du contrat international, Dar Al Nahda Al Arabya, 2011.
- SARY AL-DIN Hani Salah**, Les négociations dans les contrats commerciaux internationaux, étude comparative des droits égyptien et l'Anglais, Dar Al Nahda Al Arabya, Le Caire, 1998.
- SHANAB Mohamed Labib**, Les sources des obligations, Dar AL Nahda Al Arabya, Le Caire, 1969.
- SHARAF AL-DIN Ahmad**, La règlement des litiges des contrats de construction internationaux, Dar El Nahda Al Arabya, Le Caire, 2001.
- TADROS Khalil Victor**, Les lettres d'intention émises par les sociétés mères pour ses filiales et leur valeur juridiques, Dar AL Nahda AL Arabiya, Le Caire, 2007.
- TAG-El SER Hamid**, Les dispositions contractuelles et la responsabilité contractuelle, Dar Al Nahda Al Arabya, 2008.

2. Les thèses

En droit français

- LASSOUED Ahmed**, Les contrats préparatoires, Thèse, Strasbourg, 1987.
- DANIS-FATÔME Anne**, Apparence et contrats, Thèse, Paris, LGDJ, 2002.
- LAUDE Anne**, La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, presses universitaires d'Aix-Marseille, P.U.A.M, 1992.
- LUCAS-PUGET Anne-Sophie**, Essai sur la notion d'objet du contrat, LGDJ, 2005.
- CHAMBOREDON Anthony**, La formation progressive du contrat : étude comparée sur les procédures de la négociation contractuelle, Thèse, Florence, Européen Université Institute, 2002.
- BARBASON Aurélien**, L'avant-contrat de distribution, Thèse, Montpellier 1, 2008.
- JALUZOT Béatrice**, La bonne foi dans les contrats, étude comparative de droit français, allemand et japonais, Thèse, Lyon 3, 2001.
- MARTINEZ-CARDENAS Betty Mercedes**, La responsabilité précontractuelle, étude comparative des régimes colombien et français, Thèse, Paris 2, 2013.
- GUILLEMAIN Caroline**, Le trouble en droit privé, Thèse, Bordeaux 4, 2000.
- BEAUDEUX Cédric**, La causalité, fondement pour une théorie générale de la responsabilité civile, Thèse Strasbourg, 2006.
- TILLOY Céline**, Le contrat collectif en droit privé, Thèse, Reims, 1997.
- QUÉZEL-AMBRUNAZ Christophe**, Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile, Dalloz, 2010.
- POITEVIN Claire**, L'avant contrat en droit des contrats d'auteur, Thèse, université d'Avignon et des pays Vaucluse, 2011.
- HOUTCIEFF Dimitri**, Le principe de cohérence en matière contractuelle, Thèse PARIS 11, 2000.
- GRILLET-PONTON Dominique**, Essai sur le contrat innommé, Thèse, Lyon, 1982.
- ACCAD Fabien**, Les pourparlers, Thèse, Paris, ANRT (Atelier nationale des reproductions des thèses), 1996.
- G'SELL-MACREZ Florence**, Recherches sur la notion de causalité, Thèse, Paris 1, 2005.
- PIGNATTA Francisco Augusto**, La phase précontractuelle sous l'empire de la Convention de Vienne sur la vente internationale et des droits français et brésilien, Thèse, Strasbourg 3, 2008.

- COLLART DUTILLEUL François**, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, Thèse, 1988.
- LABARTHE Françoise**, La notion de document contractuel, Thèse Paris, LGDJ, 1994.
- MERCIER Grégoire**, L'estoppel en droit des contrats, Mémoire, Université de Montpellier I, 2011.
- SEAUMAIRE Grégory**, Les Contrats préparatoires à la vente d'immeuble, Thèse, Savoie, Chambéry, 2004.
- MELHEM Hicham**, L'obligation de négocier en droit des contrats, Thèse, Lille 2, 2003.
- BILLEMONT Jean**, Le contrat dans la pensée d'Emmanuel LEVY, Thèse, Université de Lille2, 2003.
- TAISNE Jean-Jacques**, La notion de condition dans les actes juridiques : contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle, Thèse, Lille, 1977.
- RESPAUD Jean-Louis**, L'obligation de contracter dans le contrat-cadre de distribution, Thèse Montpellier, 2000.
- GUISIANO Jean-Philippe**, Les promesses de vente d'immeuble, Thèse, Toulon, 2009.
- DESIDERI Jean-Pierre**, La préférence dans les relations contractuelles, Thèse, Aix-Marseille 3, 1997.
- HUET Jérôme**, Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité, Paris II, 1978.
- QIN Liwei**, L'interprétation du contrat : étude comparative en droits français et chinois, Thèse, Université Panthéon-Assas, 2012.
- KUYVEN Luiz Fernando**, La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : Fondements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation, Thèse, Université de Strasbourg, 2010.
- NICOD Marc**, Le formalisme en droit des libéralités, Thèse, Université de Paris XII, 1996.
- MARIE CHRISTINE CAUCHY PSAUME**, L'estoppel by représentation, Étude comparative de droit privé français et anglais, Thèse, Paris 11, 1999.
- BOURSIER Marie-Emma**, Le principe de la loyauté en droit processuel, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2003.
- PANCRAZI-TIAN Marie-Eve**, La protection judiciaire du lien contractuel, Thèse, Presses universitaires d'Aix Marseille, P.U.A.M., 1996.
- LATINA Mathias**, Essai sur la condition en droit des contrats, Thèse, Paris 2, LGDJ, 2009.
- GENINET Mirène**, Théorie générale des avant contrats en droit privé, Thèse, Paris 2, 1985.

- FABRE-MAGNAN Muriel**, Essai d'une théorie de l'obligation d'information dans les contrats, Thèse, Paris, 1991.
- BLANC Nathalie**, Contrats nommés et innommés : Étude à partir du droit d'auteur, Thèse, Paris, 2008.
- TIEN DIEN Nguyen**, Le formalisme en matière contractuelle dans les droits français et vietnamien, Thèse, Paris 2, 2011.
- MORÉTEAU Olivier**, L'estoppel et la protection de la confiance légitime : éléments d'un renouveau du droit de la responsabilité : droit anglais et droit français, Thèse, Lyon 3, 1990.
- SARVARY-BENE Peter**, Réflexions sur la notion de contrat préparatoire, Thèse, Montpellier, 2015.
- STOFFEL-MUNCK Philippe**, L'abus dans le contrat, essai d'une théorie, Thèse Aix-Marseille, Paris, LGDJ, 2000.
- STANCU Radu**, L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen, Thèse, Strasbourg, 2015.
- CHAABAN Rana**, La caducité des actes juridiques, Étude de droit civil, Thèse, Paris, LGDJ, 2006.
- DESGORCES Richard**, La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives, Thèse, Paris II, 1992.
- JABBOUR Rita**, La bonne foi dans l'exécution du contrat, Thèse, Paris 1, LGDJ, 2016.
- LOIR Romain**, Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats, Lille 2, Mémoire, 2002.
- TISSEYRE Sandrine**, Le rôle de la bonne foi en droit des contrats : essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen, Thèse, Paris 1, 2010.
- SOAN Sereivathanak**, La place du juge dans l'avant-projet Catala, Mémoire, université Lumière Lyon 2, 2007.
- BECQUE-ICKOWICZ Solange**, Le parallélisme des formes en droit privé, Thèse, Panthéon-Assas Paris 2, 2004.
- BECQUE-ICKOWICZ Solange**, Le parallélisme des formes en droit privé, Thèse, LGDJ, 2005.
- RINGLER Solène**, Existe-t-il une théorie générale de l'avant-contrat ? Thèse, Toulouse, 2010.
- PERIER Sophie**, L'actualité de jurisprudence des contrats préparatoires, Mémoire, la faculté de droit de Montpellier, 2011.

DARMAISIN Stéphane, Le contrat moral, (contribution à l'étude de la règle morale dans les obligations civiles), Thèse, Paris II, LGDJ, 2000.

BLANC Valérie, La responsabilité précontractuelle perspectives québécoise et internationale, Mémoire, université de Montréal, 2008.

CADORET Vincent, Réflexions sur les contrats d'affaires, Thèse, université de Montpellier 1, 2012.

HENRY Xavier, La technique des qualifications contractuelles, Thèse, Nancy II, 1992.

PICOD Yves, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, Thèse Dijon, 1987.

OTRI Zakaria, La promesse unilatérale de contrat, Thèse, Strasbourg, 1994.

En droit égyptien

JABER Abbas Youssef, *Les contrats conclus par voie électronique*, Thèse, Montpellier 1, 2012.

EL KASASSI Abd El Kader Mohammed, *L'obligation de la sécurité dans les contrats*, Thèse, Alexandrie, 2008.

ABU Al-WAFA Ahmad, La responsabilité internationale dans la charia, Dar Al Nahda Al Arabya, 1999.

RAMADAN Alaa Mohamed, L'abus du droit de brevet étude comparée de droit français et égyptien, Thèse, Montpellier 1, 2012.

SHISHI Amir, La théorie de la contrainte du droit musulman au droit égyptien, Thèse, Toulouse 1, 2011.

AL-JUBOURI Berack Fares Hussein, La théorie de forme dans les contrats civils et les contrats électroniques, la fondation moderne du livre, 2014.

BADAWI Bilal Abdul Muttalib, La principe de bonne foi dans l'étape des négociations dans les contrats commerciaux internationaux, Thèse, Faculté de droit Ain Shams, 2001.

BADAWAI EL Saïd, Vers une théorie générale du principe de la bonne foi dans les transactions civiles, Thèse, université du Caire, 1989.

BORAHAMY Fiza, Les obligations des parties pendant les négociations, Dar Al-Gamma Al-Gadida, Alexandrie, 2014.

HAMOUDAA Hazem Abdel Kerim, Le cadre juridique de la phase précédente le contrat final, Thèse, université de Mansourah, 2016.

NAZZAL Majd Omar Ahmed, La responsabilité civil pendant la phase de négociation, Thèse, université Mansoura, 2017.

GALAL SAYED Mazin, Le pacte d'actionnaires en droit égyptien sous le prisme du droit français, Thèse, Lyon 2, 2016.

ATTIA Mohamed Jamal, Le formalisme juridique, Thèse, Faculté de droit, université d'Al Zakazik, 1993.

MOHAMMED Mohammed Wahid, La responsabilité civile du pharmacien, Thèse, université Ain Shams, 1993.

MOISE Moustafa, Le rôle de l'information pendant la formation du contrat, Thèse, Le Caire 2000.

RASHWAN Radwan Hassan, L'impact des conditions économiques sur la force obligatoire du contrat, Thèse, Le Caire, 1994.

ABD ALLAH Rajab Abd El Karim, La négociation d'un contrat, Thèse, Le Caire, Dar Al Nahda Al Arabya, 2000.

ABDALLAH Ramadan Al-Maktouff, L'obligation du vendeur d'informer l'acheteur à l'étape précédente du contrat final, Thèse, université du Caire, 2012.

ALOTAIBI Salah Nasser, L'idée de la forme dans la relation contractuelle, Thèse, Faculté de droit, université Ain shamas, Le Caire, 2000.

KANDIL Sana Goda Mohamed, La promesse de contrat, Thèse, université Ain Shams, 1999.

ISMAIL Tharouat Fathi, La responsabilité civile pour la vendeur professionnel, Thèse, université Ain Shams, 1987.

ALSIRAFI Yasser Kamel, Le rôle du juge dans la formation du contrat, Dar Al Nahda EL Arabya, 2000.

III. Articles, chroniques et rapports

En droit français

BÉNABENT Alain (Collectif), Les nouveaux mécanismes, RDC Réforme du droit des contrats : quelles innovations ? n° Hors-série, 1^{re} éd, LGDJ, 2016, p.17.

GILLES Anne-Marie, Quelques observations sur la mauvaise foi en droit privé, Les Petites Affiches, 2003, n°135.

DUPRÉ-DALLEMAGNE Anne-Sophie, Nouvelles précisions sur le régime applicable à la rupture unilatérale des pourparlers, Recueil Dalloz, 2004, p.869.

FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, (dir.), La confiance légitime et l'estoppel, coll. Droit privé comparé et européen, RIDC, 2007, V.59, n°4, p.952.

FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, L'estoppel concept étrange et pénétrant, RDC, 01 octobre, 2006, n° 4, p.1279.

FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, Les clauses-types sur l'utilisation des Principes d'unidroit relatifs aux contrats du commerce international, Recueil Dalloz, 2013, p.2037.

THUILLIER Benjamin, Revirement de jurisprudence : une chambre mixte admet la substitution du bénéficiaire du pacte violé, JCP 2006, n° 1256, p.1419.

FAGES Bertrand, Violation du pacte de préférence et date à laquelle doit s'apprécier la mauvaise foi du tiers, RTD Civ. 2009, p.524.

DONDERO Bruno, La valeur d'une lettre d'intention, Recueil Dalloz 2011, p.284.

DONDERO Bruno, Réflexions sur les mécanismes d'autorisation des sûretés et garanties par les sociétés anonymes, Recueil Dalloz 2004, p.406.

MARECHAL Camille, L'estoppel à la française consacré par la Cour de cassation comme principe général du droit, Recueil Dalloz, 2012, p.167.

POPINEAU-DEHAULLON Catherine, Regards comparatistes sur la responsabilité du contractant à l'égard d'un tiers, victime de l'inexécution du contrat, RDC, 2007, p.622.

PÉRÈS Cécile, La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie, Recueil Dalloz, 2009, p.381.

ATIAS Christian, La substitution judiciaire du bénéficiaire d'un pacte de préférence à l'acquéreur de mauvaise foi, Dalloz, 1998, p.203.

QUÉZEL-AMBRUNAZ Christophe, La fiction de la causalité alternative, Recueil Dalloz, 2010, p.1162.

- BACROT Cyrille, BERGER Pierre**, Peut-on distinguer promesse synallagmatique et promesses croisées de vente et d'achat ? Bull. Joly Sociétés n°10, 1989, p.822.
- MAINGUY Daniel**, L'efficacité de l'efficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de contracter, Dalloz, 2011, p.1460.
- MAINGUY Daniel**, Réflexions à contre-courant en matière de violation d'un pacte de préférence, Recueil Dalloz, 2007, p.1698.
- SASSOLAS Delphine**, L'obligation d'information dans la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente, Petites affiches, 24 décembre 2013, n° 256, p.26.
- MAZEAUD Denis**, La confiance légitime et l'estoppel, R.I.D.C, V. 58, n°2, 2006, p.367.
- MAZEAUD Denis**, La méconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, Recueil Dalloz, 1997, p.475.
- MAZEAUD Denis**, Mystères et paradoxes de la période précontractuelle, Mélanges Jacques GHESTIN, Éd. LGDJ, 2001, p.644.
- MAZEAUD Denis**, Promesse unilatérale de vente : la Cour de cassation a ses raisons, Recueil Dalloz 2011, p.1457.
- MAZEAUD Denis**, Réforme du droit des contrats, du régime des obligations et de la preuve : enfin ! Dalloz Etudiant, 16 février 2016.
- MAZEAUD Denis**, Réparation des préjudices précontractuels, Recueil Dalloz, 2006, p.2963.
- MAZEAUD Denis**, Rupture fautive des pourparlers, RDC, 2006, n° 4, p.1069.
- PHILIPPE Denis**, La bonne foi dans la formation du contrat, Travaux de l'association Henri Capitant, journées louisianaises, tome XLIII, Litec, 1992, p.72.
- LEGAIS Dominique**, Garanties, lettre d'intention, lettre donnant naissance à une obligation de résultat, RTD.com, 2010, p.773.
- ZOLLER Élisabeth**, La bonne foi, rapport français de droit international public, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XLIII, Litec, 1992.
- LOQUIN Éric**, La consécration de l'estoppel par le droit français de l'arbitrage, RTD Com., 2006, p.309.
- SAVAUX Éric**, Brèves observations sur la responsabilité contractuelle dans l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité, RDC 2007, p.45.
- HAGE-CHAHINE Fayez**, Essai d'une nouvelle classification des droits d'option privés, RTD civ.1982, p.705.
- BOUCHON François**, L'évaluation des préjudices subis par les entreprises, Lexis Nexis, Litec, 2002, p.44.

- CHÉNEDÉE François**, La cause est morte... vive la cause ? Contrats, conc. Consom, 2016, dossier 4, n°5, p.21.
- BENAC-SCHMIDT Françoise**, Le contrat de promesse unilatérale de vente, revue Internationale de droit comparé. Vol. 36 n°4, 1984, p.864.
- BÉLOT Frédéric**, L'évaluation du préjudice économique, Recueil Dalloz 2007, p.1681.
- COHET-CORDEY Frédérique**, Pacte de préférence : quelles obligations pour le promettant ? AJDI, 2003, p.461.
- CHANTEPIE Gaël, LATINA Mathias**, Le nouveau droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, 2^e éd, Dalloz, 2018, p.209.
- Gallois-COCHET Dorothée**, Indices de l'ordonnance du 10 février 2016 en matière de transactions immobilières, AJDI, 2016, p.324.
- WICKER Guillaume**, La suppression de la cause et les solutions alternatives (Rapport français), La réforme du droit des obligations en France, 5^e journées franco-allemandes, Société de législation comparée, 2015, p.107.
- CAPITANT Henri**, Sur l'abus de droit, RTD, civ, 1928, p.365.
- KENFACK Hugues**, À la recherche des critères d'une promesse de vente qui ne vaut pas vente, RLDC 2006/23, n° 939.
- KENFACK Hugues**, Bonne foi et invocation de la défaillance de la condition suspensive, Recueil Dalloz, 2005, p.1532.
- KENFACK Hugues**, La qualification d'une promesse de vente ne dépend pas de la présence d'une clause de substitution, RLDC, 2006, n°32, p.5.
- KENFACK Hugues**, La relativité du caractère définitif du consentement du promettant dans la promesse unilatérale de vente, RLDC, novembre 2011, n° 87, p.7-10.
- KENFACK Hugues**, Le renforcement de la vigueur du pacte de préférence, Defrénois 2007, n° 13, p.1003.
- KENFACK Hugues**, Le retour du pacte de préférence dans le droit commun des contrats ?, Defrénois 30 juin 2012, n° 40536, p.622.
- KENFACK Hugues**, Pacte de préférence et condition potestative « virtuelle », Recueil Dalloz, 2003, p.1190.
- KENFACK Hugues**, Pacte de préférence et nature de l'acte projeté, Defrénois, n°11.
- KENFACK Hugues**, Restauration de la force obligatoire du pacte de préférence, RLDC, septembre, 2006, n° 30, p.5.
- KENFACK Hugues**, Validité du pacte de préférence, Colloque Toulouse I, 18 novembre 2005, Droit et Patrimoine janvier 2006, p.43 et s.

- NAJJAR Ibrahim**, L'accord de principe, Dalloz, Recueil, 1991, I, p.57.
- NAJJAR Ibrahim**, La potestativité, RTD civ, 2012, p.60.
- GHESTIN Jacques**, Contre l'absorption du dol par la responsabilité civile, RDCO, 01 juillet 2013 n° 3, p.1162.
- GHESTIN Jacques**, La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers, JCP, 2007, n°1, p.155 et 157.
- GHESTIN Jacques**, Les dommages réparables à la suite de la rupture abusive des pourparlers, JCP, 2007, n°1, p.19.
- GHESTIN Jacques**, Notion de contrat, Revue française de théorie juridique, 1990, n°12.
- MESTRE Jacques**, Des négociations parallèles au projet commun, RTD civ., 1992, p.752.
- MESTRE Jacques, FAGES Bertrand**, Deux éléments de souplesse au bénéfice du pacte de préférence, RTD civ., 2002, p.88.
- MESTRE Jacques, FAGES Bertrand**, Sanction de la violation d'un pacte de préférence : un arrêt de chambre mixte admet la substitution forcée ! RTD civ, 2006, p.550.
- MESTRE Jacques**, Le pacte de préférence à l'épreuve du temps, RTD civ, 2003, p.497.
- MOURY Jacques**, Menaces sur les promesses unilatérales de vente et d'achat croisées, Dalloz n° 40, 2006, p.2793.
- ANSAULT Jean-Jacques**, De la distinction entre un cautionnement et une lettre d'intention, RLDC 2011, n° 88, p.49.
- HALPÉRIN Jean Louis**, La suppression de l'expression bon père de famille, RTD civ, 2014.
- BERGEL Jean-Louis**, Différence de nature égale différence de régime, RTD civ, 1984, p.255.
- MOSSERON Jean-Marc**, Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle, RTD com., 1998, p.243.
- MOSSERON Jean-Marc**, La réception au Proche-Orient du droit français des obligations, RIDC, 1968, p.39.
- HUET Jérôme**, « Adieu bon père de famille », RTD civ, 2014, p.505.
- SCHMIDT Joanna**, Négociation et conclusion de contrats, Dalloz, 1982, p.6.
- SCHMIDT Joanna**, L'absence de motifs légitimes de rupture de pourparlers entraîne condamnation des auteurs de la rupture et réparation du préjudice subi, Recueil Dalloz, 1999 p.127.
- SCHMIDT Joanna**, La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats, RTD civ, 2000, p.25.
- SCHMIDT Joanna**, La négociation du contrat international, DPCI, 1983, p.255.

- SCHMIDT Joanna**, La période précontractuelle en droit français, RID com., 1990, Vol. 42, n°2, p.554.
- SCHMIDT Joanna**, La sanction de la faute précontractuelle, RTD civ, 1974, p.46.
- KARILA DE VAN Juliana**, Le droit de nuire, RTD civ, 1995, p.533.
- LETURMY Laurence**, La responsabilité délictuelle du contractant, RTD civ. 1998, p.839.
- AYNÈS Laurent**, Faut-il abandonner la promesse unilatérale de vente ? Defrénois, art. 40023, 2011, p.1023.
- GODON Laurent, LEYGONIE Alain**, Devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés : et maintenant la question de la preuve de la déloyauté, Rev. Sociétés, 2007, n°3, p.519.
- LEVENEUR Laurent**, Pacte de préférence ; Liberté ou contrainte, Droit et patrimoine, janvier 2006, n°144, p.80.
- LEVENEUR Laurent**, Rupture : la responsabilité délictuelle de son auteur suppose-t-elle une intention de nuire ? Contrats Concurrence Consommation n° 12, Décembre 2000, p.174.
- LEVENEUR Laurent**, Rupture abusive de pourparlers et préjudice indemnisable, Contrats Concurrence Consommation, décembre 2012, n°12.
- FAURE-ABBAD Marianne**, L'impacte des règles sur la conclusion des contrats, RDI, 2016, p.316.
- LATINA Mathias (dir.)**, La réforme du droit des contrats en pratique, Dalloz, 2017, p.34.
- LATINA Mathias**, L'essentiel de la réforme du droit des contrats, Lextenso, Essentiel Droit des contrats, 11/03/2016, n° 03, p.1.
- MATHIEU-IZORCHE Marie-Laure**, Contrats conditionnels et définitifs, RTD com., 1998, p.522.
- PAINCHAUX Mélanie**, La qualification sui generis : l'inqualifiable peut-il devenir catégorie ? RDC, 2004, p.1567.
- DAGOT Michel**, La levée d'option conditionnelle, JCP N 1990, I, p.275.
- GRIMALDI Michel, VERNIÈRES Christophe, (Collectif)**, Un an d'application de la réforme des contrats, quel impact sur la pratique notariale ? 1^{re} éd, Defrénois, 2017.
- MEKKI Mustapha**, Droit des contrats, Recueil Dalloz, 22 février 2018, n°7-7764, p.377.
- MEKKI Mustapha**, Droit des contrats, Recueil Dalloz, janvier, 2016, p.566.
- MEKKI Mustapha**, L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Le volet droit des contrats: l'art de refaire sans défaire, Recueil Dalloz, 2016, p.494.

- MEKKI Mustapha**, Les contrats préparatoires : principes et clause contractuelles, JCP N, 2016, p.1112.
- MEKKI Mustapha**, Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations, Recueil Dalloz, 2015, p.816.
- MEKKI Mustapha**, Réforme des contrats et des obligations : la promesse unilatérale de contrat, JCP N, 2017, p.1071.
- HAGE-CHAHINE Najib**, La notion d'obligation dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Petites affiches, 03 novembre 2015, n° 219, p.7.
- DISSAUX Nicolas**, Droit de préférence vs droit de la concurrence : fin de partie ? AJ Contrat, 2016, p.536.
- DISSAUX Nicolas**, Les nouvelles sanctions en matière contractuelle, AJ Contrat 2017, p.10.
- MATHEY Nicolas**, Cession de droits sociaux : retour sur la rupture de pourparlers, Revue des sociétés, 2004, p.325.
- DESHAYES Olivier**, Le dommage réparable en cas de dol dans la formation du contrat, Revue des contrats, 01 janvier 2013 n° 1, p.91.
- DESHAYES Olivier**, Les dommages précontractuels, RTD com, 2004.
- DESHAYES Olivier**, Perte de chance, une nouvelle jurisprudence en voie de formation, RDC, 2014, p.610.
- DESHAYES Olivier (Collectif)**, La formation des contrats, Revue des contrats hors-série 2016 Réforme du droit des contrats : quelles innovations ? 1^{re} éd, p.3.
- ANCEL Pascal**, Force obligatoire et contenue obligation du contrat, RTD civ, 1999, p.796.
- ANCEL Pascal**, Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois, article, les Mélanges en hommage à Daniel Tricot, Paris, Dalloz-Sirey, Litec, 2011, p.96.
- GUIOMARD Pascale**, Les nouveautés de la réforme du droit des contrats, Dalloz actualité, 15 février 2016.
- JOURDAIN Patrice**, La bonne foi dans la formation du contrat, rapport français, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées louisianaises, Tome XLIII, Litec, 1992, p.132.
- CHAUVEL Patrick**, Rupture de pourparlers et responsabilité délictuelle, Droit et Patrimoine, novembre 1996, n° 29, p.44.
- GROSSER Paul**, La négociation dans l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, AJ Contrats d'affaires, Concurrence, Distribution, Dalloz, juin 2016, n°6, p.270.

- LE CANNU Paul**, Les lettres d'intentions conquises par le code civil, RTD com, 2006, p. 421.
- BRUN Philippe, GOUT Olivier**, Responsabilité civile, Recueil Dalloz, 2015, n° 2, p.124.
- KAHN Philippe**, Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international, JDI, 1989, p.319.
- Le TOURNEAU Philippe**, De l'allégement de l'obligation de renseignements ou de conseil, 1987, Recueil Dalloz, n°14, p.101-104.
- Le TOURNEAU Philippe**, Existe-t-il une morale des affaires ? Centre de droit des affaires de Toulouse, Montchrestien, 1996, p.7.
- Le TOURNEAU Philippe**, La rupture des négociations, RTD com. 1998, p.479.
- Le TOURNEAU Philippe, POUMARÈDE Matthieu**, Bonne foi, Rép. civ., janvier 2017.
- Le TOURNEAU Philippe**, Quelques aspects de l'évolution des contrats, Mélanges P. RAYNAUD, Paris, 1985, n°24, p.349.
- PINSOLLE Philippe**, Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international, JDI, 1998. p.905, et Revue arbitrale, 2005, p.993.
- STOFFEL-MUNK Philippe**, Responsabilité civile, Chronique, 19 avril 2010, JCPG n°16.
- MOUSSERON Pierre**, Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle, RTD com. 1998, p.243.
- GAUTIER Pierre-Yves**, Les aspects internationaux de la négociation, RTD com, 1998, p.493.
- GAUTIER Pierre-Yves**, Ni prix ni délai : ne réveillez pas un pacte de préférence qui dort, RTD civ. 2002, p.115.
- GAUTIER Pierre-Yves**, Violation du pacte de préférence : De la relativité de la division des obligations de faire et de ne pas faire, ou comment d'une commodité, on a fait un principe, RTD civ. 2003, p.107.
- MONZER Rabih**, Les effets de la mondialisation sur la responsabilité précontractuelle régimes juridiques romano-germaniques et anglo-saxons, R.I.D.C. Vol. 59 n°3, 2007, p.539.
- BAILLOD Raymond**, Les lettres d'intentions, RTD com., 1992, p.547.
- BOUKHARI Ridha**, La qualification en droit international privé, Les Cahiers de droit, Vol. 51, n° 1, 2010, p.159-193.
- CHASSAGNARD-PINET Sandrine**, La perte d'autonomie de la promesse de vente insérée dans une transaction, Recueil Dalloz, 2006, p.2057.
- DOIREAU Sidonie**, Réparation de la rupture abusive des pourparlers, RLDC, 2004, n°1, p.7.

ARMANI MEKKI Soraya, FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, Droit des contrats, Recueil Dalloz, 2006, p.2638.

LEQUETTE Suzanne, Réflexions sur la durée du pacte de préférence, RTD civ, 2013, p.491.

FRANCISOT Teddy, Controverses sur la promesse unilatérale de contrats après la réforme du 10 février 2016, AJ contrat, 2016, p.497.

PIZZON Thomas, Retour sur la violation des pactes de préférence, RTD civ, 2009, p.433.

FORRAY Vincent, L'offre et l'acceptation dans les projets de réforme du droit français des contrats : Remarques sur l'écriture doctrinale du droit des contrats, RTD civ, 2012, p.231.

ZALEWSKI-SICARD Vivien, L'impacte des règles relatives au consentement en droit immobilier, RD imm, 2016, p.326.

SCHNEIDER Winfried-Thomas, La codification d'institutions prétoriennes, Revue internationale de droit comparé, 2002, n° 4, p.967.

En droit égyptien

ARRAFA Hadi Saeed, La bonne foi dans les contrats en droit islamique et le droit civil, Article publiée dans la revue juridique et économique, université du Caire, 1986, p.151.

BAROUD Hamdi, Les principes régissant la négociation des contrats internationaux pour le transfert de technologie, revue de l'université al-Azhar, La faculté de droit, Volume XVI, 2008, p.841.

EL AHWANI Hossam El Din, Les negotiations pendant la période pré-contractuelle, Revue de Droit et d'Economie, université Ain Shams, 1996, n°2, p.394.

NAKAS Jamal Fakir, Les contrats et les avant contrats, La revue de la Faculté de droit, université Koweït, 1996, p.175.

GOLDCERG Jean, Réception du droit français sous les britanniques en Égypte : un paradoxe ? Revue Égypte-Monde Arabe n°34, CEDEJ (Centre d'études et de documentation économiques juridiques et sociales), 1998, p.2.

ABDEL-HAKIM Mahmoud, *Le promesse de contrat, étude comparée*, Article publiée dans la revue juridique et économique de la faculté de droit de l'université Mansoura, n°32, octobre, 2002, p.393.

ABOU-ZAID Mohamed, *Les négociations dans le cadre contractuel*, La revue de Droit et d'Economie, université Ain Shams, 2005, n° 47, p.115.

KASSEM Mohamed Hassan, *Les effets du pacte de préférence promesse entre les deux phases de l'attente et la prise de décision. Étude comparée doctrinale et juridique à la lumière des développements judiciaires et de la législation moderne*, Revue de la faculté de droit de l'université d'Alexandrie, Tome 2, 2008.

EL ZAIBI Saad, *La bonne foi en Arabie Saoudite et le droit comparée*, Journal de la charia et les études islamiques, n° 23, février, 2014, p.17.

KAHTER Sabri Hamad, *La rupture des négociations contractuelles*, recherche publiée dans le Journal de l'université de Nahrain, vol 1, Bagdad, 1997, p.120.

Index thématique

A

absence de la bonne foi précontractuelle	185, 189
absence de motifs légitimes	186
abus de droit	150, 151
action interrogatoire	362
allocation de dommages-intérêts	353, 354
avancement des négociations	183
avant-contrat	246, 247, 248

B

bénéficiaire de la promesse	405, 406, 407
bonne foi contractuelle	87
bonne foi précontractuelle.	158

C

capacité	280, 281, 282, 284, 388
capacité du bénéficiaire	335
capacité du promettant	334, 335
compromis de vente	375
condition suspensive	407, 411
confiance légitime précontractuelle	143
consentement	277, 278, 386
contenu certain	336, 389
contenu certain du contrat préparatoire	295
contenu du contrat préparatoire	284, 292
contenu licite	336, 389
contrat à titre gratuit	320
contrat à titre onéreux	320
contrat conditionnel	266, 267
contrat consensuel	304, 393
contrat d'une nature spéciale	271, 272, 415
contrat innommé	318
contrat nommé	318
contrat partiel	263, 264, 265
contrat préliminaire	244, 245, 246
contrat réel	300, 301, 302
contrat solennel	300, 301, 397, 398
contrat <i>sui generis</i>	271
contrat synallagmatique	319
contrat unilatéral	318, 363, 415
contrats préparatoires	231, 232, 233, 235, 237

D

dol	279, 333, 334, 387
droit d'option	367, 375, 405
droit de mener des négociations parallèles	82, 83
droit de préemption	321, 323
droit de préférence	321, 323, 335, 349
droit de priorité	329
droit de rompre les négociations précontractuelles	111

droit de rupture des négociations précontractuelles	112
droit musulman	7
durée d'exercice du droit d'option	391
durée du droit de préférence	340, 341, 342
durée raisonnable	392

E

enregistrement	394
erreur	279, 333, 387
estoppel	147

F

fait générateur de la préférence	347
faute précontractuelle	166, 167, 171, 173
fin du contrat préparatoire	240
force obligatoire du contrat	399, 403, 409
formalités	393
forme du contrat préparatoire	297

G

gain manqué	199, 205
-------------	----------

L

l'acceptation	58
l'acceptation de l'invitation à entrer en négociation	56
l'invitation à entrer en négociation	43
l'obligation précontractuelle d'information	95, 102, 104
l'obligation précontractuelle de bonne foi	88
l'offre	44, 52
le promettant de la promesse	401
lettre d'intention	251, 252, 254, 256
levée de l'option	388, 399, 400, 402, 403, 405, 407, 409
liberté contractuelle	69, 70, 73, 75
liberté d'entrer en négociations précontractuelles	79, 80
liberté précontractuelle	78
licéité du contenu du contrat préparatoire	296
lien de causalité précontractuel	212, 213, 218

N

négociations précontractuelles	34, 35, 36
notification	349, 350
nullité	353, 356, 394, 396, 403

O

obligation de faire	401
obligation de ne pas faire	402
obligations du promettant	344

P

pacte de préférence 309, 310, 311, 312, 313, 314, 316, 317, 324, 325, 326, 329, 330, 338, 363, 415
 période précontractuelle 17, 19
 perte d'une chance 199, 204, 206, 211
 perte subie 200
 pourparlers 37, 38
 prédétermination du prix 328
 préjudice précontractuel 192, 194, 195, 197, 198
 principe du consensualisme 298, 299
 prix de vente 339
 prix du droit de préférence 339
 promesse synallagmatique 365, 367, 370, 374, 379, 380, 415
 promesse synallagmatique de vente 366, 375, 381, 382, 416
 promesse unilatérale 365, 367, 368, 369, 370, 378, 393, 407, 415, 416
 promesse unilatérale d'achat 372
 promesse unilatérale de vente 324, 325, 371, 372
 promesse unilatérale de vente conditionnelle 323, 326
 promesse unilatéralité de vente 326
 promettant de la promesse 378, 402, 407

R

réponse du bénéficiaire du droit de préférence 349, 350
 responsabilité précontractuelle 118, 132, 138, 140
 rupture abusive des négociations 179

S

sources du droit égyptien 5
 substitution du bénéficiaire à l'acquéreur 356

T

théorie des risques 407
 tiers de bonne foi 361
 tiers de mauvaise foi 356
 titulaire du droit de préférence 347, 360

V

vice de consentement 333
 vices du consentement 279, 387
 violation du pacte de préférence 354, 363, 415
 violence 279, 333, 387

Annexes

Annexe 1 : Tableau comparatif des articles français et égyptiens

L'objet	Les articles dans le Code civil français	Les articles dans le Code civil égyptien
Le contrat	L'article 1101 « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ».
La formation du contrat	L'article 1113 « Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager. Cette volonté peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement non-équivoque de son auteur ».	L'article 89 « Le contrat se forme dès que les deux parties ont échangé deux volontés concordantes, sans préjudice des formalités que la loi exige en outre pour la conclusion du contrat ».
L'offre	L'article 1114 « L'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. A défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation ».
L'acceptation	L'article 1118 « L'acceptation est la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre. Tant que l'acceptation n'est	L'article 90 « On peut déclarer sa volonté verbalement, par écrit ou par les signes généralement en usage, ou encore par une conduite

	<p>pas parvenue à l'offrant, elle peut être librement rétractée, pourvu que la rétractation parvienne à l'offrant avant l'acceptation. L'acceptation non-conforme à l'offre est dépourvue d'effet, sauf à constituer une offre nouvelle ».</p> <p>L'article 1120 « Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières ».</p> <p>L'article 1121 « Le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est réputé l'être au lieu où l'acceptation est parvenue ».</p> <p>L'article 1122 « La loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion, qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation ou un délai de rétractation, qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement ».</p>	<p>telle que, dans les circonstances de la cause, elle ne laisse aucun doute sur la véritable intention. La déclaration de volonté peut être tacite, lorsque la loi ou les parties n'exigent pas qu'elle soit expresse ».</p> <p>L'article 91« Une déclaration de volonté devient efficace au moment où elle parvient à la connaissance de son destinataire. Celui-ci sera réputé avoir pris connaissance de la déclaration dès sa réception, à moins de preuve contraire ».</p> <p>L'article 93 « Lorsqu'un délai est fixé pour l'acceptation, l'auteur de l'offre est lié par son offre jusqu'à l'expiration de ce délai. La fixation du délai peut résulter implicitement des circonstances ou de la nature de l'affaire ».</p> <p>L'article 96 « L'acceptation qui va au-delà de l'offre ou qui comporte une restriction ou une modification, est considérée comme un rejet renfermant une offre nouvelle ».</p> <p>L'article 98 qui prévoit que « Lorsque l'auteur de l'offre ne devait pas, en raison soit de la nature de l'affaire, soit des usages</p>
--	---	---

		du commerce, soit d'autres circonstances, s'attendre à une acceptation expresse, le contrat est réputé conclu si l'offre n'a pas été refusée dans un délai convenable. L'absence de réponse vaut acceptation lorsque l'offre se rapporte à des relations d'affaires déjà existantes entre les parties, ou lorsqu'elle est purement dans l'intérêt de son destinataire ».
La liberté contractuelle	L'article 1102 « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi ; la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».
La liberté précontractuelle	L'article 1112 « L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages ».
L'obligation contractuelle de bonne foi et la bonne foi précontractuelle	L'article 1104 « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi ». L'article 1112 « L'initiative, le	L'article 1148 « Le contrat doit être exécuté conformément à son contenu, d'une manière répondant aux exigences de la bonne foi ».

	déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi ».	
--	--	--

La responsabilité délictuelle	L'article 1240 « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».	L'article 163 « Toute faute qui cause un dommage à autrui oblige celui qui l'a commise à le réparer ».
La théorie de l'abus du droit	<p>L'article 4 « Celui qui exerce légitimement son droit n'est point responsable du préjudice qui en résulte ».</p> <p>L'article 5 « L'exercice du droit est considéré comme illégitime dans les cas suivants : a) S'il a lieu dans le seul but de nuire à autrui; b) S'il tend à la satisfaction d'un intérêt dont l'importance est minime par rapport au préjudice qui en résulte pour autrui; c) S'il tend à la satisfaction d'un intérêt illicite ».</p>
Les dispositions de l'offre	<p>L'article 1115 « Elle peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire ».</p> <p>L'article 1116 « Elle ne peut être</p>	<p>L'article 91 « Une déclaration de volonté devient efficace au moment où elle parvient à la connaissance de son destinataire. Celui-ci sera réputé avoir pris connaissance de la déclaration dès sa réception, à moins de preuve contraire ».</p> <p>L'article 93 « Lorsqu'un délai est</p>

	<p>rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable.</p> <p>La rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat.</p> <p>Elle engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat ».</p>	<p>fixé pour l'acceptation, l'auteur de l'offre est lié par son offre jusqu'à l'expiration de ce délai; La fixation du délai peut résulter implicitement des circonstances ou de la nature de l'affaire ».</p> <p>L'article 94 « Si, en séance contractuelle, une offre est faite à une personne présente, sans fixation de délai pour l'acceptation, l'auteur de l'offre est délié, si l'acceptation n'a pas lieu immédiatement. Il en est de même si l'offre est faite de personne à personne au moyen du téléphone ou de tout autre moyen similaire. Toutefois, le contrat est conclu, même si l'acceptation n'est pas immédiate, lorsque, dans l'intervalle entre l'offre et l'acceptation, rien n'indique que l'auteur de l'offre l'ait rétractée, pourvu que la déclaration de l'acceptation ait lieu avant que la séance contractuelle ne prenne fin ».</p>
La solidarité	L'article 1310 « La solidarité est légale ou conventionnelle ; elle ne se présume pas ».	L'article 169 « Lorsque plusieurs personnes sont responsables d'un fait dommageable, elles sont obligées solidairement à la réparation du dommage. La responsabilité sera partagée entre elles par parts égales, à moins que le juge n'ait fixé la part de chacun dans l'obligation de réparer ».
L'obligation conditionnelle	L'article 1304 « L'obligation est conditionnelle lorsqu'elle dépend d'un événement futur et	L'article 265 « L'obligation est conditionnelle si son existence ou son extinction dépend d'un

<p>La condition suspensive</p>	<p>incertain ».</p> <p>« La condition est suspensive lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple ».</p>	<p>événement futur ou incertain ».</p> <p>L'article 268 « Si l'obligation dépend d'une condition suspensive, elle ne devient exécutoire qu'à la réalisation de la condition. Avant la réalisation de la condition, l'obligation n'est pas susceptible d'exécution forcée, ni d'exécution volontaire. Le créancier peut toutefois prendre des mesures conservatoires pour sauvegarder son droit ».</p>
<p>La condition résolutoire</p>	<p>L'article 1304 « Elle est résolutoire lorsque son accomplissement entraîne l'anéantissement de l'obligation »</p> <p>l'article 1304 alinéa 6 « L'obligation devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition suspensive.</p> <p>Toutefois, les parties peuvent prévoir que l'accomplissement de la condition rétroagira au jour du contrat. La chose, objet de l'obligation, n'en demeure pas moins aux risques du débiteur, qui en conserve l'administration et a droit aux fruits jusqu'à l'accomplissement de la condition.</p> <p>En cas de défaillance de la condition suspensive, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé.</p>	<p>L'article 269 « 1) L'obligation s'éteint si la condition résolutoire vient à se réaliser. Le créancier est tenu de restituer ce qu'il a reçu, et, si la restitution devient impossible pour une cause dont il répond, il sera tenu aux dommages intérêts. 2) Toutefois, les actes d'administration accomplis par le créancier conservent leurs effets, nonobstant la réalisation de la condition ».</p> <p>l'article 270 « 1) la réalisation de la condition rétroagit au jour où l'obligation a pris naissance, à moins que l'existence de l'obligation ou son extinction ne doivent, par la volonté des parties ou à raison de la nature du contrat, avoir lieu au moment de la réalisation de la condition. 2) Toutefois, la condition n'aura pas d'effet rétroactif si l'exécution de l'obligation devient impossible,</p>

		avant la réalisation de la condition, par suite d'une cause étrangère non imputable au débiteur »
Les conditions de validité du contrat	L'article 1228 « Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain ».	<p>Le consentement à l'article 89 « Le contrat se forme dès que les deux parties ont échangé deux volontés concordantes, sans préjudice des formalités que la loi exige en outre pour la conclusion du contrat ».</p> <p>L'objet à l'article 131 « 1) Les choses futures peuvent être objet d'une obligation. 2) Cependant, toute convention sur la succession d'une personne vivante est nulle, même si elle est faite de son consentement, sauf dans les cas prévus par la loi ».</p> <p>La cause à l'article 136 « le contrat est nul lorsqu'on s'oblige sans cause ou pour une cause contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs », et l'article 137 « 1) Toute obligation est présumée avoir une cause licite, encore qu'elle ne soit exprimée dans l'acte, tant que le contraire n'est pas prouvé. 2) La cause exprimée dans le contrat est considérée comme vraie jusqu'à preuve contraire. Lorsque la preuve est administrée de la simulation de la cause, il incombe à celui qui soutient que l'obligation a une autre cause licite de le prouver ».</p>
Les conditions de forme du contrat	L'article 1172 « Par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formes déterminées par la loi à	L'article 101 alinéa 2 « Lorsque la loi subordonne la conclusion du contrat à l'observation d'une certaine forme, celle-ci s'applique

	défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation. En outre, la loi subordonne la formation de certains contrats à la remise d'une chose ».	également à la convention renfermant la promesse de contracter ».
Les vices du consentement	L'article 1130 « L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné ».	<p>L'erreur à l'article 120 « L'annulation du contrat peut être demandée par la partie qui, au moment de la conclure, a commis une erreur essentielle, si l'autre partie est tombée dans la même erreur ou en avait eu connaissance ou a pu facilement s'en rendre compte ».</p> <p>Le dol à l'article 125 alinéa 1 « Le contrat peut être annulé pour cause de dol, lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties, ou par son représentant ont été telles que, dans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté ».</p> <p>La violence à l'article 127 alinéa 1 « Le contrat est annulable pour cause de violence, si l'une des parties a contracté sous l'empire d'une crainte fondée que lui aurait inspirée sans droit l'autre partie ».</p>

La capacité	L'article 1145 « Toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi. La capacité des personnes morales est limitée par les règles applicables à chacune d'entre elles ».	L'article 109 « Toute personne est capable de contracter, à moins qu'elle ne soit déclarée totalement ou partiellement incapable en vertu de la loi ».
--------------------	--	--

L'objet du contrat ou de l'obligation	<p>L'article 1162 « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ».</p> <p>L'article 1163 « L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable. La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire ».</p> <p>L'article 1598 « Tout ce qui est dans le commerce peut être vendu lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation ».</p>	<p>L'article 6 « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».</p> <p>L'article 81 « 1) Toute chose qui n'est pas hors du commerce par sa nature ou en vertu de la loi peut être l'objet de droits patrimoniaux. 2) Les choses qui sont par leur nature hors du commerce sont celles qui ne peuvent être possédées exclusivement par personne. Celles qui sont hors du commerce en vertu de la loi sont les choses qui d'après la loi, ne peuvent faire l'objet de droits patrimoniaux ».</p> <p>L'article 131 « 1) Les choses futures peuvent être objet d'une obligation. 2) Cependant, toute convention sur la succession d'une personne vivante est nulle, même si elle est faite de son consentement, sauf dans les cas prévus par la loi ».</p> <p>L'article 132 « Si l'obligation a pour objet une chose impossible en soi, le contrat est nul ».</p> <p>L'article 133 « 1) Si l'objet de l'obligation n'est pas un corps certain, il doit, sous peine, de</p>

		<p>nullité, être déterminé quant à son espèce et quant à sa quotité. 2) Toutefois, il suffit que l'objet soit déterminé quant à son espèce si le contrat fournit le moyen d'en préciser la quotité. A défaut de convention sur la qualité ou si celle-ci ne peut être déterminée par l'usage ou par toute autre circonstance, le débiteur doit fournir une chose de qualité moyenne</p> <p>L'article 135 « le contrat est nul si l'objet est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ».</p>
<p>La cause</p> <p>.....</p> <p>Le principe du consensualisme</p>	<p>L'article 1172 alinéa 1 « Les contrats sont par principe consensuels ».</p>	<p>L'article 136 « Le contrat est nul lorsqu'on s'oblige sans cause ou pour une cause contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ».</p> <p>L'article 137 « 1) Toute obligation est présumée avoir une cause licite, encore qu'elle ne soit exprimée dans l'acte, tant que le contraire n'est pas prouvé. 2) La cause exprimée dans le contrat est considérée comme vraie jusqu'à preuve contraire. Lorsque la preuve est administrée de la simulation de la cause, il incombe à celui qui soutient que l'obligation a une autre cause licite de le prouver ».</p> <p>L'article 89 alinéa 1 « Le contrat se forme dès que les deux parties ont échangé deux volontés concordantes ».</p>
Le contrat consensuel	L'article 1109 alinéa 1 « Le contrat est consensuel lorsqu'il se forme par le seul échange des	L'article 90 « 1) On peut déclarer sa volonté verbalement, par écrit ou par les signes généralement en

	consentements quel qu'en soit le mode d'expression ».	usage, ou encore par une conduite telle que, dans les circonstances de la cause, elle ne laisse aucun doute sur la véritable intention. 2) La déclaration de volonté peut être tacite, lorsque la loi ou les parties n'exigent pas qu'elle soit expresse ».
Le contrat solennel	L'article 1109 alinéa 2 « Le contrat est solennel lorsque sa validité est subordonnée à des formes déterminées par la loi ».
Le contrat réel Les exceptions au principe du consensualisme	L'article 1109 alinéa 3 « le contrat est réel lorsque sa formation est subordonnée à la remise d'une chose ». L'article 1172 alinéa 2 « Par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formes déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation ». L'article 1172 l'alinéa 3 « En outre, la loi subordonne la formation de certains contrats à la remise d'une chose ». L'article 101 alinéa 2 « Lorsque la loi subordonne la conclusion du contrat à l'observation d'une certaine forme, celle-ci s'applique également à la convention renfermant la promesse de contracter ».
Le contrat unilatéral et synallagmatique	L'article 1106 « Le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres. Il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres sans qu'il y ait d'engagement réciproque de celles-ci ».

Le contrat à titre onéreux et à titre gratuit	<p>L'article 1107 « Le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure. Il est à titre gratuit lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie ».</p>	<p>.....</p>
Le pacte de préférence	<p>L'article 1123 « Le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter.</p> <p>Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu.</p> <p>Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir.</p> <p>L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la</p>	<p>.....</p>

	nullité du contrat ».	
--	-----------------------	--

Les dommages-intérêts	L'article 1231 alinéa 2 « Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après ».	<p>L'article 222 « 1) Il appartient au juge de fixer le montant des dommages-intérêts, s'il n'a pas été déterminé dans le contrat ou dans la loi. Les dommages-intérêts comprennent les pertes qu'a subies le créancier et les gains dont il a été privé, à condition que ce soit la suite normale de l'inexécution de l'obligation ou du retard dans l'exécution. La suite normale comprend le préjudice qu'il n'était pas raisonnablement au pouvoir du créancier d'éviter. 2) Toutefois, s'il s'agit d'une obligation contractuelle, le débiteur qui n'a pas commis de dol ou de faute lourde n'est tenu que du préjudice qui a pu normalement être prévu au moment du contrat ». Il n'y a pas non plus d'obstacle empêchant les parties de déterminer l'indemnisation à l'avance dans leur pacte de préférence.</p> <p>L'article 223 « Les parties peuvent fixer d'avance le montant des dommages-intérêts, soit dans le contrat, soit dans un acte ultérieur ».</p>
La promesse unilatérale	L'article 1124 « La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un	L'article 101 « 1. La convention par laquelle les deux parties, ou l'une d'elles, promettent de conclure dans l'avenir un contrat déterminé n'est conclue que si tous

	<p>contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire. La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis. Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul ».</p>	<p>les points essentiels du contrat envisagé et le délai dans lequel ce contrat doit être conclu sont précisés ; 2 Lorsque la loi subordonne la conclusion du contrat à l'observation d'une certaine forme, celle-ci s'applique également à la convention renfermant la promesse de contracter ». L'article 102 « lorsque la partie qui s'est obligée à conclure un contrat s'y refuse, le tribunal peut, à la demande de l'autre partie, si toutefois les conditions requises pour la conclusion de ce contrat sont réunies, notamment celles relatives à la forme, rendre un jugement qui, passé en force de chose jugée, vaudra contrat ».</p> <p>L'article 490 « La promesse de faire une donation ne se forme que si elle est faite par acte authentique ».</p>
La promesse synallagmatique de vente	<p>L'article 1589 « La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix »</p> <p>L'article 1589 alinéa 2 « Est nulle et de nul effet toute promesse unilatérale de vente afférente à un immeuble, à un droit immobilier, à un fonds de commerce, à un droit à un bail portant sur tout ou partie d'un immeuble ou aux titres des sociétés visées aux articles 728 et</p>	<p>.....</p>

	1655 ter du Code général des impôts, si elle n'est pas constatée par un acte authentique ou par un acte sous seing privé enregistré dans le délai de dix jours à compter de la date de son acceptation par le bénéficiaire. Il en est de même de toute cession portant sur lesdites promesses qui n'a pas fait l'objet d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé enregistré dans les dix jours de sa date ».	
Le prix	L'article 1591 « Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties ».	L'article 423 « La détermination du prix peut se limiter à l'indication des bases sur lesquelles ce prix sera fixé ultérieurement ».
La force obligatoire du contrat	L'article 1103 « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».	L'article 424 « Lorsque les contractants n'auront pas fixé le prix, la vente ne sera pas nulle s'il résulte des circonstances qu'ils ont entendu adopter les prix pratiqués généralement dans le commerce ou dans leurs rapports réciproques ».
		L'article 145 « Sous réserve des règles relatives à la succession, le contrat produit effet entre les parties et leurs ayants-cause à titre universel, à moins qu'il ne résulte de la convention, de la nature de l'affaire ou d'une disposition légale, que le contrat ne produit point d'effet à l'égard des ayants-cause à titre universel ».
Les effets du contrat	L'article 1199 « Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties	L'article 1152 « Le contrat n'oblige point les tiers, mais il peut

	(...) ».	faire naître des droits à leur profit ».
--	----------	--

Annexe 2

**Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des
contrats, du régime général et de la preuve des obligations**

En savoir plus sur ce texte...

JORF n°0035 du 11 février 2016
texte n° 26

Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

NOR: JUSC1522466R

ELI: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/2/10/JUSC1522466R/jo/texte>

Alias: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/2/10/2016-131/jo/texte>

Le Président de la République,
Sur le rapport du Premier ministre et du garde des sceaux, ministre de la justice,
Vu la Constitution, notamment son article 38 ;
Vu le code civil ;
Vu la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, notamment ses articles 8 et 27 ;
Vu l'avis du comité consultatif de la législation et de la réglementation financières en date du 18 décembre 2015 ;
Le Conseil d'Etat entendu,
Le conseil des ministres entendu,
Ordonne :

► Titre IER : DISPOSITIONS RELATIVES AU LIVRE III DU CODE CIVIL

Article 1

Le livre III du code civil est modifié conformément aux articles 2 à 4 de la présente ordonnance et comporte :

- 1° Des dispositions générales, comprenant les articles 711 à 717 ;
- 2° Un titre Ier intitulé : « Des successions », comprenant les articles 720 à 892 ;
- 3° Un titre II intitulé : « Des libéralités », comprenant les articles 893 à 1099-1 ;
- 4° Un titre III intitulé : « Des sources d'obligations », comprenant les articles 1100 à 1303-4 ;
- 5° Un titre IV intitulé : « Du régime général des obligations », comprenant les articles 1304 à 1352-9 ;
- 6° Un titre IV bis intitulé : « De la preuve des obligations », comprenant les articles 1353 à 1386-1.

► Chapitre Ier : Dispositions relatives aux sources des obligations

Article 2

Le titre III est ainsi rédigé :

« Titre III
« DES SOURCES D'OBLIGATIONS

« Art. 1100.-Les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi.
« Elles peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui.

« Art. 1100-1.-Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux.
« Ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats.

« Art. 1100-2.-Les faits juridiques sont des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit.
« Les obligations qui naissent d'un fait juridique sont régies, selon le cas, par le sous-titre relatif à la responsabilité extracontractuelle ou le sous-titre relatif aux autres sources d'obligations.

« Sous-titre IER
« LE CONTRAT

« Chapitre Ier
« Dispositions liminaires

« Art. 1101.-Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.

« Art. 1102.-Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.

« La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public.

« Art. 1103.-Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.

« Art. 1104.-Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.

« Cette disposition est d'ordre public.

« Art. 1105.-Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre.

« Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux.

« Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières.

« Art. 1106.-Le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres.

« Il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres sans qu'il y ait d'engagement réciproque de celles-ci.

« Art. 1107.-Le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure.

« Il est à titre gratuit lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie.

« Art. 1108.-Le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit.

« Il est aléatoire lorsque les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain.

« Art. 1109.-Le contrat est consensuel lorsqu'il se forme par le seul échange des consentements quel qu'en soit le mode d'expression.

« Le contrat est solennel lorsque sa validité est subordonnée à des formes déterminées par la loi.

« Le contrat est réel lorsque sa formation est subordonnée à la remise d'une chose.

« Art. 1110.-Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties.

« Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties.

« Art. 1111.-Le contrat cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d'application en précisent les modalités d'exécution.

« Art. 1111-1.-Le contrat à exécution instantanée est celui dont les obligations peuvent s'exécuter en une prestation unique.

« Le contrat à exécution successive est celui dont les obligations d'au moins une partie s'exécutent en plusieurs prestations échelonnées dans le temps.

« Chapitre II

« La formation du contrat

« Section 1

« La conclusion du contrat

« Sous-section 1

« Les négociations

« Art. 1112.-L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.

« En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu.

« Art. 1112-1.-Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

« Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

« Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

« Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.

« Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.

« Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants. »

« Art. 1112-2.-Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun.

« Sous-section 2

« L'offre et l'acceptation

« Art. 1113.-Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager.

« Cette volonté peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque de son auteur.

« Art. 1114.-L'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. A défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation.

« Art. 1115.-Elle peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire.

« Art. 1116.-Elle ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable.

« La rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat.

« Elle engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat.

« Art. 1117.-L'offre est caduque à l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable.

« Elle l'est également en cas d'incapacité ou de décès de son auteur.

« Art. 1118.-L'acceptation est la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre.

« Tant que l'acceptation n'est pas parvenue à l'offrant, elle peut être librement rétractée, pourvu que la rétractation parvienne à l'offrant avant l'acceptation.

« L'acceptation non conforme à l'offre est dépourvue d'effet, sauf à constituer une offre nouvelle.

« Art. 1119.-Les conditions générales invoquées par une partie n'ont effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées.

« En cas de discordance entre des conditions générales invoquées par l'une et l'autre des parties, les clauses incompatibles sont sans effet.

« En cas de discordance entre des conditions générales et des conditions particulières, les secondes l'emportent sur les premières.

« Art. 1120.-Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières.

« Art. 1121.-Le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est réputé l'être au lieu où l'acceptation est parvenue.

« Art. 1122.-La loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion, qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation ou un délai de rétractation, qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement. »

« Sous-section 3

« Le pacte de préférence et la promesse unilatérale

« Art. 1123.-Le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter.

« Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu.

« Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir.

« L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat.

« Art. 1124.-La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire.

« La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis.

« Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul.

« Sous-section 4

« Dispositions propres au contrat conclu par voie électronique

« Art. 1125.-La voie électronique peut être utilisée pour mettre à disposition des stipulations contractuelles ou des informations sur des biens ou services.

« Art. 1126.-Les informations qui sont demandées en vue de la conclusion d'un contrat ou celles qui sont adressées au cours de son exécution peuvent être transmises par courrier électronique si leur destinataire a accepté l'usage de ce moyen.

« Art. 1127.-Les informations destinées à un professionnel peuvent lui être adressées par courrier électronique, dès lors qu'il a communiqué son adresse électronique.

« Si ces informations doivent être portées sur un formulaire, celui-ci est mis, par voie électronique, à la disposition de la personne qui doit le remplir.

« Art. 1127-1.-Quiconque propose à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services, met à disposition les stipulations contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction.
« L'auteur d'une offre reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait.
« L'offre énonce en outre :
« 1° Les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique ;
« 2° Les moyens techniques permettant au destinataire de l'offre, avant la conclusion du contrat, d'identifier d'éventuelles erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger ;
« 3° Les langues proposées pour la conclusion du contrat au nombre desquelles doit figurer la langue française ;
« 4° Le cas échéant, les modalités d'archivage du contrat par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé ;
« 5° Les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre.

« Art. 1127-2.-Le contrat n'est valablement conclu que si le destinataire de l'offre a eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total et de corriger d'éventuelles erreurs avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation définitive.
« L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié, par voie électronique, de la commande qui lui a été adressée.
« La commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès.

« Art. 1127-3.-Il est fait exception aux obligations visées aux 1° à 5° de l'article 1127-1 et aux deux premiers alinéas de l'article 1127-2 pour les contrats de fourniture de biens ou de prestation de services qui sont conclus exclusivement par échange de courriers électroniques.
« Il peut, en outre, être dérogé aux dispositions des 1° à 5° de l'article 1127-1 et de l'article 1127-2 dans les contrats conclus entre professionnels.

« Art. 1127-4.-Une lettre simple relative à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat peut être envoyée par courrier électronique.
« L'apposition de la date d'expédition résulte d'un procédé électronique dont la fiabilité est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsqu'il satisfait à des exigences fixées par décret en Conseil d'Etat.

« Art. 1127-5.-Une lettre recommandée relative à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat peut être envoyée par courrier électronique à condition que ce courrier soit acheminé par un tiers selon un procédé permettant d'identifier le tiers, de désigner l'expéditeur, de garantir l'identité du destinataire et d'établir si la lettre a été remise ou non au destinataire.
« Le contenu de cette lettre, au choix de l'expéditeur, peut être imprimé par le tiers sur papier pour être distribué au destinataire ou peut être adressé à celui-ci par voie électronique. Dans ce dernier cas, si le destinataire n'est pas un professionnel, il doit avoir demandé l'envoi par ce moyen ou en avoir accepté l'usage au cours d'échanges antérieurs.
« Lorsque l'apposition de la date d'expédition ou de réception résulte d'un procédé électronique, la fiabilité de celui-ci est présumée, jusqu'à preuve contraire, s'il satisfait à des exigences fixées par un décret en Conseil d'Etat.
« Un avis de réception peut être adressé à l'expéditeur par voie électronique ou par tout autre dispositif lui permettant de le conserver.
« Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

« Art. 1127-6.-Hors les cas prévus aux articles 1125 et 1126, la remise d'un écrit électronique est effective lorsque le destinataire, après avoir pu en prendre connaissance, en a accusé réception.
« Si une disposition prévoit que l'écrit doit être lu au destinataire, la remise d'un écrit électronique à l'intéressé dans les conditions prévues au premier alinéa vaut lecture.

« Section 2
« La validité du contrat

« Art. 1128.-Sont nécessaires à la validité d'un contrat :
« 1° Le consentement des parties ;
« 2° Leur capacité de contracter ;
« 3° Un contenu licite et certain.

« Sous-section 1
« Le consentement

« Paragraphe 1
« L'existence du consentement

« Art. 1129.-Conformément à l'article 414-1, il faut être sain d'esprit pour consentir valablement à un contrat.

« Paragraphe 2
« Les vices du consentement

« Art. 1130.-L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes.
« Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné.

« Art. 1131.-Les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat.

« Art. 1132.-L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat

lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant.

« Art. 1133.-Les qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté.

« L'erreur est une cause de nullité qu'elle porte sur la prestation de l'une ou de l'autre partie.

« L'acceptation d'un aléa sur une qualité de la prestation exclut l'erreur relative à cette qualité.

« Art. 1134.-L'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne.

« Art. 1135.-L'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou du cocontractant, n'est pas une cause de nullité, à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement.

« Néanmoins l'erreur sur le motif d'une libéralité, en l'absence duquel son auteur n'aurait pas disposé, est une cause de nullité.

« Art. 1136.-L'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité.

« Art. 1137.-Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges.

« Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie.

« Art. 1138.-Le dol est également constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaires, préposé ou porte-fort du contractant.

« Il l'est encore lorsqu'il émane d'un tiers de connivence.

« Art. 1139.-L'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable ; elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat.

« Art. 1140.-Il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable.

« Art. 1141.-La menace d'une voie de droit ne constitue pas une violence. Il en va autrement lorsque la voie de droit est détournée de son but ou lorsqu'elle est invoquée ou exercée pour obtenir un avantage manifestement excessif.

« Art. 1142.-La violence est une cause de nullité qu'elle ait été exercée par une partie ou par un tiers.

« Art. 1143.-Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif.

« Art. 1144.-Le délai de l'action en nullité ne court, en cas d'erreur ou de dol, que du jour où ils ont été découverts et, en cas de violence, que du jour où elle a cessé.

« Sous-section 2

« La capacité et la représentation

« Paragraphe 1

« La capacité

« Art. 1145.-Toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi.

« La capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires, dans le respect des règles applicables à chacune d'entre elles.

« Art. 1146.-Sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi :

« 1° Les mineurs non émancipés ;

« 2° Les majeurs protégés au sens de l'article 425.

« Art. 1147.-L'incapacité de contracter est une cause de nullité relative.

« Art. 1148.-Toute personne incapable de contracter peut néanmoins accomplir seule les actes courants autorisés par la loi ou l'usage, pourvu qu'ils soient conclus à des conditions normales.

« Art. 1149.-Les actes courants accomplis par le mineur peuvent être annulés pour simple lésion. Toutefois, la nullité n'est pas encourue lorsque la lésion résulte d'un événement imprévisible.

« La simple déclaration de majorité faite par le mineur ne fait pas obstacle à l'annulation.

« Le mineur ne peut se soustraire aux engagements qu'il a pris dans l'exercice de sa profession.

« Art. 1150.-Les actes accomplis par les majeurs protégés sont régis par les articles 435,465 et 494-9 sans préjudice des articles 1148,1151 et 1352-4.

« Art. 1151.-Le contractant capable peut faire obstacle à l'action en nullité engagée contre lui en établissant que l'acte était utile à la personne protégée et exempt de lésion ou qu'il a profité à celle-ci.

« Il peut aussi opposer à l'action en nullité la confirmation de l'acte par son cocontractant devenu ou redevenu capable.

« Art. 1152.-La prescription de l'action court :

« 1° A l'égard des actes faits par un mineur, du jour de la majorité ou de l'émancipation ;
« 2° A l'égard des actes faits par un majeur protégé, du jour où il en a eu connaissance alors qu'il était en situation de les refaire valablement ;
« 3° A l'égard des héritiers de la personne en tutelle ou en curatelle ou de la personne faisant l'objet d'une habilitation familiale, du jour du décès si elle n'a commencé à courir auparavant.

« Paragraphe 2
« La représentation

« Art. 1153.-Le représentant légal, judiciaire ou conventionnel n'est fondé à agir que dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés.

« Art. 1154.-Lorsque le représentant agit dans la limite de ses pouvoirs au nom et pour le compte du représenté, celui-ci est seul tenu de l'engagement ainsi contracté.
« Lorsque le représentant déclare agir pour le compte d'autrui mais contracte en son propre nom, il est seul engagé à l'égard du cocontractant.

« Art. 1155.-Lorsque le pouvoir du représentant est défini en termes généraux, il ne couvre que les actes conservatoires et d'administration.
« Lorsque le pouvoir est spécialement déterminé, le représentant ne peut accomplir que les actes pour lesquels il est habilité et ceux qui en sont l'accessoire.

« Art. 1156.-L'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté, sauf si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté.
« Lorsqu'il ignorait que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, le tiers contractant peut en invoquer la nullité.
« L'inopposabilité comme la nullité de l'acte ne peuvent plus être invoquées dès lors que le représenté l'a ratifié.

« Art. 1157.-Lorsque le représentant détourne ses pouvoirs au détriment du représenté, ce dernier peut invoquer la nullité de l'acte accompli si le tiers avait connaissance du détournement ou ne pouvait l'ignorer.

« Art. 1158.-Le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte.
« L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le représentant est réputé habilité à conclure cet acte.

« Art. 1159.-L'établissement d'une représentation légale ou judiciaire dessaisit pendant sa durée le représenté des pouvoirs transférés au représentant.
« La représentation conventionnelle laisse au représenté l'exercice de ses droits.

« Art. 1160.-Les pouvoirs du représentant cessent s'il est atteint d'une incapacité ou frappé d'une interdiction.

« Art. 1161.-Un représentant ne peut agir pour le compte des deux parties au contrat ni contracter pour son propre compte avec le représenté.
« En ces cas, l'acte accompli est nul à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié.

« Sous-section 3
« Le contenu du contrat

« Art. 1162.-Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties.

« Art. 1163.-L'obligation a pour objet une prestation présente ou future.
« Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable.
« La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire.

« Art. 1164.-Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation.
« En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat.

« Art. 1165.-Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande en dommages et intérêts.

« Art. 1166.-Lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie.

« Art. 1167.-Lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé par référence à un indice qui n'existe pas ou a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par l'indice qui s'en rapproche le plus.

« Art. 1168.-Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement.

« Art. 1169.-Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire.

« Art. 1170.-Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite.

« Art. 1171.-Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

« L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation.

« Section 3

« La forme du contrat

« Sous-section 1

« Dispositions générales

« Art. 1172.-Les contrats sont par principe consensuels.

« Par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formes déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation.

« En outre, la loi subordonne la formation de certains contrats à la remise d'une chose.

« Art. 1173.-Les formes exigées aux fins de preuve ou d'opposabilité sont sans effet sur la validité des contrats.

« Sous-section 2

« Dispositions propres au contrat conclu par voie électronique

« Art. 1174.-Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un contrat, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1366 et 1367 et, lorsqu'un acte authentique est requis, au deuxième alinéa de l'article 1369.

« Lorsqu'est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même.

« Art. 1175.-Il est fait exception aux dispositions de l'article précédent pour :

« 1° Les actes sous signature privée relatifs au droit de la famille et des successions ;

« 2° Les actes sous signature privée relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale, sauf s'ils sont passés par une personne pour les besoins de sa profession.

« Art. 1176.-Lorsque l'écrit sur papier est soumis à des conditions particulières de lisibilité ou de présentation, l'écrit électronique doit répondre à des exigences équivalentes.

« L'exigence d'un formulaire détachable est satisfaite par un procédé électronique qui permet d'accéder au formulaire et de le renvoyer par la même voie.

« Art. 1177.-L'exigence d'un envoi en plusieurs exemplaires est réputée satisfaite par voie électronique si l'écrit peut être imprimé par le destinataire.

« Section 4

« Les sanctions

« Sous-section 1

« La nullité

« Art. 1178.-Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord.

« Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé.

« Les prestations exécutées donnent lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9.

« Indépendamment de l'annulation du contrat, la partie lésée peut demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle.

« Art. 1179.-La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général.

« Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé.

« Art. 1180.-La nullité absolue peut être demandée par toute personne justifiant d'un intérêt, ainsi que par le ministère public.

« Elle ne peut être couverte par la confirmation du contrat.

« Art. 1181.-La nullité relative ne peut être demandée que par la partie que la loi entend protéger.

« Elle peut être couverte par la confirmation.

« Si l'action en nullité relative a plusieurs titulaires, la renonciation de l'un n'empêche pas les autres d'agir.

« Art. 1182.-La confirmation est l'acte par lequel celui qui pourrait se prévaloir de la nullité y renonce. Cet acte mentionne l'objet de l'obligation et le vice affectant le contrat.

« La confirmation ne peut intervenir qu'après la conclusion du contrat.

« L'exécution volontaire du contrat, en connaissance de la cause de nullité, vaut confirmation. En cas de violence, la confirmation ne peut intervenir qu'après que la violence a cessé.

« La confirmation emporte renonciation aux moyens et exceptions qui pouvaient être opposés, sans préjudice néanmoins des droits des tiers.

« Art. 1183.-Une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. La cause de la nullité doit avoir cessé.

« L'écrit mentionne expressément qu'à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de six mois, le contrat sera réputé confirmé.

« Art. 1184.-Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles.

« Le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien.

« Art. 1185.-L'exception de nullité ne se prescrit pas si elle se rapporte à un contrat qui n'a reçu aucune exécution.

« Sous-section 2

« La caducité

« Art. 1186.-Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît.

« Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie.

« La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement.

« Art. 1187.-La caducité met fin au contrat.

« Elle peut donner lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9.

« Chapitre III

« L'interprétation du contrat

« Art. 1188.-Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes.

« Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation.

« Art. 1189.-Toutes les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier.

« Lorsque, dans l'intention commune des parties, plusieurs contrats concourent à une même opération, ils s'interprètent en fonction de celle-ci.

« Art. 1190.-Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé.

« Art. 1191.-Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, celui qui lui confère un effet l'emporte sur celui qui ne lui en fait produire aucun.

« Art. 1192.-On ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation.

« Chapitre IV

« Les effets du contrat

« Section 1

« Les effets du contrat entre les parties

« Sous-section 1

« Force obligatoire

« Art. 1193.-Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise.

« Art. 1194.-Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi.

« Art. 1195.-Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

« En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.

« Sous-section 2

« Effet translatif

« Art. 1196.-Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat.

« Ce transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou par l'effet de la loi.

« Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose. Toutefois le débiteur de l'obligation de délivrer en retrouve la charge à compter de sa mise en demeure, conformément à l'article 1344-2 et sous réserve des règles prévues à l'article 1351-1.

« Art. 1197.-L'obligation de délivrer la chose emporte obligation de la conserver jusqu'à la délivrance, en y apportant tous les soins d'une personne raisonnable.

« Art. 1198.-Lorsque deux acquéreurs successifs d'un même meuble corporel tiennent leur droit d'une même

personne, celui qui a pris possession de ce meuble en premier est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi.

« Lorsque deux acquéreurs successifs de droits portant sur un même immeuble tiennent leur droit d'une même personne, celui qui a, le premier, publié son titre d'acquisition passé en la forme authentique au fichier immobilier est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi.

« Section 2

« Les effets du contrat à l'égard des tiers

« Sous-section 1

« Dispositions générales

« Art. 1199.-Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties.

« Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV.

« Art. 1200.-Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat.

« Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait.

« Art. 1201.-Lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé aussi contre-lettre, produit effet entre les parties. Il n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir.

« Art. 1202.-Est nulle toute contre-lettre ayant pour objet une augmentation du prix stipulé dans le traité de cession d'un office ministériel.

« Est également nul tout contrat ayant pour but de dissimuler une partie du prix, lorsqu'elle porte sur une vente d'immeubles, une cession de fonds de commerce ou de clientèle, une cession d'un droit à un bail, ou le bénéfice d'une promesse de bail portant sur tout ou partie d'un immeuble et tout ou partie de la soulte d'un échange ou d'un partage comprenant des biens immeubles, un fonds de commerce ou une clientèle.

« Sous-section 2

« Le porte-fort et la stipulation pour autrui

« Art. 1203.-On ne peut s'engager en son propre nom que pour soi-même.

« Art. 1204.-On peut se porter fort en promettant le fait d'un tiers.

« Le promettant est libéré de toute obligation si le tiers accomplit le fait promis. Dans le cas contraire, il peut être condamné à des dommages et intérêts.

« Lorsque le porte-fort a pour objet la ratification d'un engagement, celui-ci est rétroactivement validé à la date à laquelle le porte-fort a été souscrit.

« Art. 1205.-On peut stipuler pour autrui.

« L'un des contractants, le stipulant, peut faire promettre à l'autre, le promettant, d'accomplir une prestation au profit d'un tiers, le bénéficiaire. Ce dernier peut être une personne future mais doit être précisément désigné ou pouvoir être déterminé lors de l'exécution de la promesse.

« Art. 1206.-Le bénéficiaire est investi d'un droit direct à la prestation contre le promettant dès la stipulation.

« Néanmoins le stipulant peut librement révoquer la stipulation tant que le bénéficiaire ne l'a pas acceptée.

« La stipulation devient irrévocable au moment où l'acceptation parvient au stipulant ou au promettant.

« Art. 1207.-La révocation ne peut émaner que du stipulant ou, après son décès, de ses héritiers. Ces derniers ne peuvent y procéder qu'à l'expiration d'un délai de trois mois à compter du jour où ils ont mis le bénéficiaire en demeure de l'accepter.

« Si elle n'est pas assortie de la désignation d'un nouveau bénéficiaire, la révocation profite, selon le cas, au stipulant ou à ses héritiers.

« La révocation produit effet dès lors que le tiers bénéficiaire ou le promettant en a eu connaissance.

« Lorsqu'elle est faite par testament, elle prend effet au moment du décès.

« Le tiers initialement désigné est censé n'avoir jamais bénéficié de la stipulation faite à son profit.

« Art. 1208.-L'acceptation peut émaner du bénéficiaire ou, après son décès, de ses héritiers. Elle peut être expresse ou tacite. Elle peut intervenir même après le décès du stipulant ou du promettant.

« Art. 1209.-Le stipulant peut lui-même exiger du promettant l'exécution de son engagement envers le bénéficiaire.

« Section 3

« La durée du contrat

« Art. 1210.-Les engagements perpétuels sont prohibés.

« Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée.

« Art. 1211.-Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable.

« Art. 1212.-Lorsque le contrat est conclu pour une durée déterminée, chaque partie doit l'exécuter jusqu'à son terme.

« Nul ne peut exiger le renouvellement du contrat.

« Art. 1213.-Le contrat peut être prorogé si les contractants en manifestent la volonté avant son expiration. La prorogation ne peut porter atteinte aux droits des tiers.

« Art. 1214.-Le contrat à durée déterminée peut être renouvelé par l'effet de la loi ou par l'accord des parties.
« Le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée.

« Art. 1215.-Lorsqu'à l'expiration du terme d'un contrat conclu à durée déterminée, les contractants continuent d'en exécuter les obligations, il y a tacite reconduction. Celle-ci produit les mêmes effets que le renouvellement du contrat.

« Section 4
« La cession de contrat

« Art. 1216.-Un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé.
Cet accord peut être donné par avance, notamment dans le contrat conclu entre les futurs cédant et cédé, auquel cas la cession produit effet à l'égard du cédé lorsque le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire lui est notifié ou lorsqu'il en prend acte.
« La cession doit être constatée par écrit, à peine de nullité.

« Art. 1216-1.-Si le cédé y a expressément consenti, la cession de contrat libère le cédant pour l'avenir.
« A défaut, et sauf clause contraire, le cédant est tenu solidairement à l'exécution du contrat.

« Art. 1216-2.-Le cessionnaire peut opposer au cédé les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation de dettes connexes. Il ne peut lui opposer les exceptions personnelles au cédant.
« Le cédé peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant.

« Art. 1216-3.-Si le cédant n'est pas libéré par le cédé, les sûretés qui ont pu être consenties subsistent. Dans le cas contraire, les sûretés consenties par des tiers ne subsistent qu'avec leur accord.
« Si le cédant est libéré, ses codébiteurs solidaires restent tenus déduction faite de sa part dans la dette.

« Section 5
« L'inexécution du contrat

« Art. 1217.-La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :

«-refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ;
«-poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ;
«-solliciter une réduction du prix ;
«-provoquer la résolution du contrat ;
«-demander réparation des conséquences de l'inexécution.

« Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter.

« Art. 1218.-Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.
« Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1.

« Sous-section 1
« L'exception d'inexécution

« Art. 1219.-Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave.

« Art. 1220.-Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais.

« Sous-section 2
« L'exécution forcée en nature

« Art. 1221.-Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier.

« Art. 1222.-Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin.
« Il peut aussi demander en justice que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction.

« Sous-section 3
« La réduction du prix

« Art. 1223.-Le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter

une réduction proportionnelle du prix.

S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais.

« Sous-section 4

« La résolution

« Art. 1224.-La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice.

« Art. 1225.-La clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat.

« La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire.

« Art. 1226.-Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable.

« La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat.

« Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent.

« Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution.

« Art. 1227.-La résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice.

« Art. 1228.-Le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts.

« Art. 1229.-La résolution met fin au contrat.

« La résolution prend effet, selon les cas, soit dans les conditions prévues par la clause résolutoire, soit à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice.

« Lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation.

« Les restitutions ont lieu dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9.

« Art. 1230.-La résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence.

« Sous-section 5

« La réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat

« Art. 1231.-A moins que l'inexécution soit définitive, les dommages et intérêts ne sont dus que si le débiteur a préalablement été mis en demeure de s'exécuter dans un délai raisonnable.

« Art. 1231-1.-Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure.

« Art. 1231-2.-Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après.

« Art. 1231-3.-Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive.

« Art. 1231-4.-Dans le cas même où l'inexécution du contrat résulte d'une faute lourde ou dolosive, les dommages et intérêts ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution.

« Art. 1231-5.-Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.

« Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.

« Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent.

« Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite.

« Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure.

« Art. 1231-6.-Les dommages et intérêts dus à raison du retard dans le paiement d'une obligation de somme d'argent consistent dans l'intérêt au taux légal, à compter de la mise en demeure.

« Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte.

« Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts de l'intérêt moratoire.

« Art. 1231-7.-En toute matière, la condamnation à une indemnité emporte intérêts au taux légal même en l'absence de demande ou de disposition spéciale du jugement. Sauf disposition contraire de la loi, ces intérêts

courent à compter du prononcé du jugement à moins que le juge n'en décide autrement.

« En cas de confirmation pure et simple par le juge d'appel d'une décision allouant une indemnité en réparation d'un dommage, celle-ci porte de plein droit intérêt au taux légal à compter du jugement de première instance. Dans les autres cas, l'indemnité allouée en appel porte intérêt à compter de la décision d'appel. Le juge d'appel peut toujours déroger aux dispositions du présent alinéa.

« Sous-titre II

« LA RESPONSABILITÉ EXTRACONTRACTUELLE

« Chapitre Ier

« La responsabilité extracontractuelle en général

« Art. 1240.-Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

« Art. 1241.-Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

« Art. 1242.-On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.

« Toutefois, celui qui détient, à un titre quelconque, tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable, vis-à-vis des tiers, des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable. « Cette disposition ne s'applique pas aux rapports entre propriétaires et locataires, qui demeurent régis par les articles 1733 et 1734 du code civil.

« Le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux.

« Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ;

« Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance.

« La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.

« En ce qui concerne les instituteurs, les fautes, imprudences ou négligences invoquées contre eux comme ayant causé le fait dommageable, devront être prouvées, conformément au droit commun, par le demandeur, à l'instance.

« Art. 1243.-Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé.

« Art. 1244.-Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction.

« Chapitre II

« La responsabilité du fait des produits défectueux

« Art. 1245.-Le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime.

« Art. 1245-1.-Les dispositions du présent chapitre s'appliquent à la réparation du dommage qui résulte d'une atteinte à la personne.

« Elles s'appliquent également à la réparation du dommage supérieur à un montant déterminé par décret, qui résulte d'une atteinte à un bien autre que le produit défectueux lui-même.

« Art. 1245-2.-Est un produit tout bien meuble, même s'il est incorporé dans un immeuble, y compris les produits du sol, de l'élevage, de la chasse et de la pêche. L'électricité est considérée comme un produit.

« Art. 1245-3.-Un produit est défectueux au sens du présent chapitre lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre.

« Dans l'appréciation de la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre, il doit être tenu compte de toutes les circonstances et notamment de la présentation du produit, de l'usage qui peut en être raisonnablement attendu et du moment de sa mise en circulation.

« Un produit ne peut être considéré comme défectueux par le seul fait qu'un autre, plus perfectionné, a été mis postérieurement en circulation.

« Art. 1245-4.-Un produit est mis en circulation lorsque le producteur s'en est dessaisi volontairement.

« Un produit ne fait l'objet que d'une seule mise en circulation.

« Art. 1245-5.-Est producteur, lorsqu'il agit à titre professionnel, le fabricant d'un produit fini, le producteur d'une matière première, le fabricant d'une partie composante.

« Est assimilée à un producteur pour l'application du présent chapitre toute personne agissant à titre professionnel :

« 1° Qui se présente comme producteur en apposant sur le produit son nom, sa marque ou un autre signe distinctif ;

« 2° Qui importe un produit dans la Communauté européenne en vue d'une vente, d'une location, avec ou sans promesse de vente, ou de toute autre forme de distribution.

« Ne sont pas considérées comme producteurs, au sens du présent chapitre, les personnes dont la responsabilité peut être recherchée sur le fondement des articles 1792 à 1792-6 et 1646-1.

« Art. 1245-6.-Si le producteur ne peut être identifié, le vendeur, le loueur, à l'exception du crédit-bailleur ou du

loueur assimilable au crédit-bailleur, ou tout autre fournisseur professionnel, est responsable du défaut de sécurité du produit, dans les mêmes conditions que le producteur, à moins qu'il ne désigne son propre fournisseur ou le producteur, dans un délai de trois mois à compter de la date à laquelle la demande de la victime lui a été notifiée. « Le recours du fournisseur contre le producteur obéit aux mêmes règles que la demande émanant de la victime directe du défaut. Toutefois, il doit agir dans l'année suivant la date de sa citation en justice.

« Art. 1245-7.-En cas de dommage causé par le défaut d'un produit incorporé dans un autre, le producteur de la partie composante et celui qui a réalisé l'incorporation sont solidairement responsables.

« Art. 1245-8.-Le demandeur doit prouver le dommage, le défaut et le lien de causalité entre le défaut et le dommage.

« Art. 1245-9.-Le producteur peut être responsable du défaut alors même que le produit a été fabriqué dans le respect des règles de l'art ou de normes existantes ou qu'il a fait l'objet d'une autorisation administrative.

« Art. 1245-10.-Le producteur est responsable de plein droit à moins qu'il ne prouve :

« 1° Qu'il n'avait pas mis le produit en circulation ;

« 2° Que, compte tenu des circonstances, il y a lieu d'estimer que le défaut ayant causé le dommage n'existait pas au moment où le produit a été mis en circulation par lui ou que ce défaut est né postérieurement ;

« 3° Que le produit n'a pas été destiné à la vente ou à toute autre forme de distribution ;

« 4° Que l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut ;

« 5° Ou que le défaut est dû à la conformité du produit avec des règles impératives d'ordre législatif ou réglementaire.

« Le producteur de la partie composante n'est pas non plus responsable s'il établit que le défaut est imputable à la conception du produit dans lequel cette partie a été incorporée ou aux instructions données par le producteur de ce produit.

« Art. 1245-11.-Le producteur ne peut invoquer la cause d'exonération prévue au 4° de l'article 1245-10 lorsque le dommage a été causé par un élément du corps humain ou par les produits issus de celui-ci.

« Art. 1245-12.-La responsabilité du producteur peut être réduite ou supprimée, compte tenu de toutes les circonstances, lorsque le dommage est causé conjointement par un défaut du produit et par la faute de la victime ou d'une personne dont la victime est responsable.

« Art. 1245-13.-La responsabilité du producteur envers la victime n'est pas réduite par le fait d'un tiers ayant concouru à la réalisation du dommage.

« Art. 1245-14.-Les clauses qui visent à écarter ou à limiter la responsabilité du fait des produits défectueux sont interdites et réputées non écrites.

« Toutefois, pour les dommages causés aux biens qui ne sont pas utilisés par la victime principalement pour son usage ou sa consommation privée, les clauses stipulées entre professionnels sont valables.

« Art. 1245-15.-Sauf faute du producteur, la responsabilité de celui-ci, fondée sur les dispositions du présent chapitre, est éteinte dix ans après la mise en circulation du produit même qui a causé le dommage à moins que, durant cette période, la victime n'ait engagé une action en justice.

« Art. 1245-16.-L'action en réparation fondée sur les dispositions du présent chapitre se prescrit dans un délai de trois ans à compter de la date à laquelle le demandeur a eu ou aurait dû avoir connaissance du dommage, du défaut et de l'identité du producteur.

« Art. 1245-17.-Les dispositions du présent chapitre ne portent pas atteinte aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre du droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle ou au titre d'un régime spécial de responsabilité.

« Le producteur reste responsable des conséquences de sa faute et de celle des personnes dont il répond.

« Sous-titre III

« AUTRES SOURCES D'OBLIGATIONS

« Art. 1300.-Les quasi-contrats sont des faits purement volontaires dont il résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui.

« Les quasi-contrats régis par le présent sous-titre sont la gestion d'affaire, le paiement de l'indu et l'enrichissement injustifié.

« Chapitre Ier

« La gestion d'affaires

« Art. 1301.-Celui qui, sans y être tenu, gère sciemment et utilement l'affaire d'autrui, à l'insu ou sans opposition du maître de cette affaire, est soumis, dans l'accomplissement des actes juridiques et matériels de sa gestion, à toutes les obligations d'un mandataire.

« Art. 1301-1.-Il est tenu d'apporter à la gestion de l'affaire tous les soins d'une personne raisonnable ; il doit poursuivre la gestion jusqu'à ce que le maître de l'affaire ou son successeur soit en mesure d'y pourvoir.

« Le juge peut, selon les circonstances, modérer l'indemnité due au maître de l'affaire en raison des fautes ou de la négligence du gérant.

« Art. 1301-2.-Celui dont l'affaire a été utilement gérée doit remplir les engagements contractés dans son intérêt par le gérant.

« Il rembourse au gérant les dépenses faites dans son intérêt et l'indemnise des dommages qu'il a subis en raison

de sa gestion.

« Les sommes avancées par le gérant portent intérêt du jour du paiement.

« Art. 1301-3.-La ratification de la gestion par le maître vaut mandat.

« Art. 1301-4.-L'intérêt personnel du gérant à se charger de l'affaire d'autrui n'exclut pas l'application des règles de la gestion d'affaires.

« Dans ce cas, la charge des engagements, des dépenses et des dommages se répartit à proportion des intérêts de chacun dans l'affaire commune.

« Art. 1301-5.-Si l'action du gérant ne répond pas aux conditions de la gestion d'affaires mais profite néanmoins au maître de cette affaire, celui-ci doit indemniser le gérant selon les règles de l'enrichissement injustifié.

« Chapitre II

« Le paiement de l'indu

« Art. 1302.-Tout paiement suppose une dette ; ce qui a été reçu sans être dû est sujet à restitution.

« La restitution n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées.

« Art. 1302-1.-Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû doit le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu.

« Art. 1302-2.-Celui qui par erreur ou sous la contrainte a acquitté la dette d'autrui peut agir en restitution contre le créancier. Néanmoins ce droit cesse dans le cas où le créancier, par suite du paiement, a détruit son titre ou abandonné les sûretés qui garantissaient sa créance.

« La restitution peut aussi être demandée à celui dont la dette a été acquittée par erreur.

« Art. 1302-3.-La restitution est soumise aux règles fixées aux articles 1352 à 1352-9.

« Elle peut être réduite si le paiement procède d'une faute.

« Chapitre III

« L'enrichissement injustifié

« Art. 1303.-En dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu, celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement.

« Art. 1303-1.-L'enrichissement est injustifié lorsqu'il ne procède ni de l'accomplissement d'une obligation par l'appauvri ni de son intention libérale.

« Art. 1303-2.-Il n'y a pas lieu à indemnisation si l'appauvrissement procède d'un acte accompli par l'appauvri en vue d'un profit personnel.

« L'indemnisation peut être modérée par le juge si l'appauvrissement procède d'une faute de l'appauvri.

« Art. 1303-3.-L'appauvri n'a pas d'action sur ce fondement lorsqu'une autre action lui est ouverte ou se heurte à un obstacle de droit, tel que la prescription.

« Art. 1303-4.-L'appauvrissement constaté au jour de la dépense, et l'enrichissement tel qu'il subsiste au jour de la demande, sont évalués au jour du jugement. En cas de mauvaise foi de l'enrichi, l'indemnité due est égale à la plus forte de ces deux valeurs. »

► Chapitre II : Dispositions relatives au régime général des obligations

Article 3

Le titre IV « Des engagements qui se forment sans convention » est remplacé par les dispositions suivantes :

« Titre IV

« DU RÉGIME GÉNÉRAL DES OBLIGATIONS

« Chapitre Ier

« Les modalités de l'obligation

« Section 1

« L'obligation conditionnelle

« Art. 1304.-L'obligation est conditionnelle lorsqu'elle dépend d'un événement futur et incertain.

« La condition est suspensive lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple.

« Elle est résolutoire lorsque son accomplissement entraîne l'anéantissement de l'obligation.

« Art. 1304-1.-La condition doit être licite. A défaut, l'obligation est nulle.

« Art. 1304-2.-Est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. Cette nullité ne peut être invoquée lorsque l'obligation a été exécutée en connaissance de cause.

« Art. 1304-3.-La condition suspensive est réputée accomplie si celui qui y avait intérêt en a empêché l'accomplissement.

« La condition résolutoire est réputée défaillie si son accomplissement a été provoqué par la partie qui y avait intérêt.

« Art. 1304-4.-Une partie est libre de renoncer à la condition stipulée dans son intérêt exclusif, tant que celle-ci n'est pas accomplie.

« Art. 1304-5.-Avant que la condition suspensive ne soit accomplie, le débiteur doit s'abstenir de tout acte qui empêcherait la bonne exécution de l'obligation ; le créancier peut accomplir tout acte conservatoire et attaquer les actes du débiteur accomplis en fraude de ses droits.

« Ce qui a été payé peut être répété tant que la condition suspensive ne s'est pas accomplie.

« Art. 1304-6.-L'obligation devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition suspensive.

« Toutefois, les parties peuvent prévoir que l'accomplissement de la condition rétroagira au jour du contrat. La chose, objet de l'obligation, n'en demeure pas moins aux risques du débiteur, qui en conserve l'administration et a droit aux fruits jusqu'à l'accomplissement de la condition.

« En cas de défaillance de la condition suspensive, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé.

« Art. 1304-7.-L'accomplissement de la condition résolutoire éteint rétroactivement l'obligation, sans remettre en cause, le cas échéant, les actes conservatoires et d'administration.

« La rétroactivité n'a pas lieu si telle est la convention des parties ou si les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat.

« Section 2

« L'obligation à terme

« Art. 1305.-L'obligation est à terme lorsque son exigibilité est différée jusqu'à la survenance d'un événement futur et certain, encore que la date en soit incertaine.

« Art. 1305-1.-Le terme peut être exprès ou tacite.

« A défaut d'accord, le juge peut le fixer en considération de la nature de l'obligation et de la situation des parties.

« Art. 1305-2.-Ce qui n'est dû qu'à terme ne peut être exigé avant l'échéance ; mais ce qui a été payé d'avance ne peut être répété.

« Art. 1305-3.-Le terme profite au débiteur, s'il ne résulte de la loi, de la volonté des parties ou des circonstances qu'il a été établi en faveur du créancier ou des deux parties.

« La partie au bénéfice exclusif de qui le terme a été fixé peut y renoncer sans le consentement de l'autre.

« Art. 1305-4.-Le débiteur ne peut réclamer le bénéfice du terme s'il ne fournit pas les sûretés promises au créancier ou s'il diminue celles qui garantissent l'obligation.

« Art. 1305-5.-La déchéance du terme encourue par un débiteur est inopposable à ses coobligés, même solidaires.

« Section 3

« L'obligation plurale

« Sous-section 1

« La pluralité d'objets

« Paragraphe 1

« L'obligation cumulative

« Art. 1306.-L'obligation est cumulative lorsqu'elle a pour objet plusieurs prestations et que seule l'exécution de la totalité de celles-ci libère le débiteur.

« Paragraphe 2

« L'obligation alternative

« Art. 1307.-L'obligation est alternative lorsqu'elle a pour objet plusieurs prestations et que l'exécution de l'une d'elles libère le débiteur.

« Art. 1307-1.-Le choix entre les prestations appartient au débiteur.

« Si le choix n'est pas exercé dans le temps convenu ou dans un délai raisonnable, l'autre partie peut, après mise en demeure, exercer ce choix ou résoudre le contrat.

« Le choix exercé est définitif et fait perdre à l'obligation son caractère alternatif.

« Art. 1307-2.-Si elle procède d'un cas de force majeure, l'impossibilité d'exécuter la prestation choisie libère le débiteur.

« Art. 1307-3.-Le débiteur qui n'a pas fait connaître son choix doit, si l'une des prestations devient impossible, exécuter l'une des autres.

« Art. 1307-4.-Le créancier qui n'a pas fait connaître son choix doit, si l'une des prestations devient impossible à exécuter par suite d'un cas de force majeure, se contenter de l'une des autres.

« Art. 1307-5.-Lorsque les prestations deviennent impossibles, le débiteur n'est libéré que si l'impossibilité procède, pour chacune, d'un cas de force majeure.

« Paragraphe 3

« L'obligation facultative

« Art. 1308.-L'obligation est facultative lorsqu'elle a pour objet une certaine prestation mais que le débiteur a la faculté, pour se libérer, d'en fournir une autre.
« L'obligation facultative est éteinte si l'exécution de la prestation initialement convenue devient impossible pour cause de force majeure.

« Sous-section 2
« La pluralité de sujets

« Art. 1309.-L'obligation qui lie plusieurs créanciers ou débiteurs se divise de plein droit entre eux. La division a lieu également entre leurs successeurs, l'obligation fût-elle solidaire. Si elle n'est pas réglée autrement par la loi ou par le contrat, la division a lieu par parts égales.
« Chacun des créanciers n'a droit qu'à sa part de la créance commune ; chacun des débiteurs n'est tenu que de sa part de la dette commune.
« Il n'en va autrement, dans les rapports entre les créanciers et les débiteurs, que si l'obligation est solidaire ou si la prestation due est indivisible.

« Paragraphe 1
« L'obligation solidaire

« Art. 1310.-La solidarité est légale ou conventionnelle ; elle ne se présume pas.

« Art. 1311.-La solidarité entre créanciers permet à chacun d'eux d'exiger et de recevoir le paiement de toute la créance. Le paiement fait à l'un d'eux, qui en doit compte aux autres, libère le débiteur à l'égard de tous.
« Le débiteur peut payer l'un ou l'autre des créanciers solidaires tant qu'il n'est pas poursuivi par l'un d'eux.

« Art. 1312.-Tout acte qui interrompt ou suspend la prescription à l'égard de l'un des créanciers solidaires, profite aux autres créanciers.

« Art. 1313.-La solidarité entre les débiteurs oblige chacun d'eux à toute la dette. Le paiement fait par l'un d'eux les libère tous envers le créancier.
« Le créancier peut demander le paiement au débiteur solidaire de son choix. Les poursuites exercées contre l'un des débiteurs solidaires n'empêchent pas le créancier d'en exercer de pareilles contre les autres.

« Art. 1314.-La demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs solidaires fait courir les intérêts à l'égard de tous.

« Art. 1315.-Le débiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer les exceptions qui sont communes à tous les codébiteurs, telles que la nullité ou la résolution, et celles qui lui sont personnelles. Il ne peut opposer les exceptions qui sont personnelles à d'autres codébiteurs, telle que l'octroi d'un terme. Toutefois, lorsqu'une exception personnelle à un autre codébiteur éteint la part divisée de celui-ci, notamment en cas de compensation ou de remise de dette, il peut s'en prévaloir pour la faire déduire du total de la dette.

« Art. 1316.-Le créancier qui reçoit paiement de l'un des codébiteurs solidaires et lui consent une remise de solidarité conserve sa créance contre les autres, déduction faite de la part du débiteur qu'il a déchargé.

« Art. 1317.-Entre eux, les codébiteurs solidaires ne contribuent à la dette que chacun pour sa part.
« Celui qui a payé au-delà de sa part dispose d'un recours contre les autres à proportion de leur propre part.
« Si l'un d'eux est insolvable, sa part se répartit, par contribution, entre les codébiteurs solvables, y compris celui qui a fait le paiement et celui qui a bénéficié d'une remise de solidarité.

« Art. 1318.-Si la dette procède d'une affaire qui ne concerne que l'un des codébiteurs solidaires, celui-ci est seul tenu de la dette à l'égard des autres. S'il l'a payée, il ne dispose d'aucun recours contre ses codébiteurs. Si ceux-ci l'ont payée, ils disposent d'un recours contre lui.

« Art. 1319.-Les codébiteurs solidaires répondent solidairement de l'inexécution de l'obligation. La charge en incombe à titre définitif à ceux auxquels l'inexécution est imputable.

« Paragraphe 2
« L'obligation à prestation indivisible

« Art. 1320.-Chacun des créanciers d'une obligation à prestation indivisible, par nature ou par contrat, peut en exiger et en recevoir le paiement intégral, sauf à rendre compte aux autres ; mais il ne peut seul disposer de la créance ni recevoir le prix au lieu de la chose.
« Chacun des débiteurs d'une telle obligation en est tenu pour le tout ; mais il a ses recours en contribution contre les autres.
« Il en va de même pour chacun des successeurs de ces créanciers et débiteurs.

« Chapitre II
« Les opérations sur obligations

« Section 1
« La cession de créance

« Art. 1321.-La cession de créance est un contrat par lequel le créancier cédant transmet, à titre onéreux ou gratuit, tout ou partie de sa créance contre le débiteur cédé à un tiers appelé le cessionnaire.
« Elle peut porter sur une ou plusieurs créances présentes ou futures, déterminées ou déterminables.
« Elle s'étend aux accessoires de la créance.
« Le consentement du débiteur n'est pas requis, à moins que la créance ait été stipulée incessible.

« Art. 1322.-La cession de créance doit être constatée par écrit, à peine de nullité.

« Art. 1323.-Entre les parties, le transfert de la créance s'opère à la date de l'acte.

« Il est opposable aux tiers dès ce moment. En cas de contestation, la preuve de la date de la cession incombe au cessionnaire, qui peut la rapporter par tout moyen.

« Toutefois, le transfert d'une créance future n'a lieu qu'au jour de sa naissance, tant entre les parties que vis-à-vis des tiers.

« Art. 1324.-La cession n'est opposable au débiteur, s'il n'y a déjà consenti, que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte.

« Le débiteur peut opposer au cessionnaire les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation des dettes connexes. Il peut également opposer les exceptions nées de ses rapports avec le cédant avant que la cession lui soit devenue opposable, telles que l'octroi d'un terme, la remise de dette ou la compensation de dettes non connexes.

« Le cédant et le cessionnaire sont solidairement tenus de tous les frais supplémentaires occasionnés par la cession dont le débiteur n'a pas à faire l'avance. Sauf clause contraire, la charge de ces frais incombe au cessionnaire.

« Art. 1325.-Le concours entre cessionnaires successifs d'une créance se résout en faveur du premier en date ; il dispose d'un recours contre celui auquel le débiteur aurait fait un paiement.

« Art. 1326.-Celui qui cède une créance à titre onéreux garantit l'existence de la créance et de ses accessoires, à moins que le cessionnaire l'ait acquise à ses risques et périls ou qu'il ait connu le caractère incertain de la créance.

« Il ne répond de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y est engagé, et jusqu'à concurrence du prix qu'il a pu retirer de la cession de sa créance.

« Lorsque le cédant a garanti la solvabilité du débiteur, cette garantie ne s'entend que de la solvabilité actuelle ; elle peut toutefois s'étendre à la solvabilité à l'échéance, mais à la condition que le cédant l'ait expressément spécifié.

« Section 2

« La cession de dette

« Art. 1327.-Un débiteur peut, avec l'accord du créancier, céder sa dette.

« Art. 1327-1.-Le créancier, s'il a par avance donné son accord à la cession ou n'y est pas intervenu, ne peut se la voir opposer ou s'en prévaloir que du jour où elle lui a été notifiée ou dès qu'il en a pris acte.

« Art. 1327-2.-Si le créancier y consent expressément, le débiteur originaire est libéré pour l'avenir. A défaut, et sauf clause contraire, il est tenu solidairement au paiement de la dette.

« Art. 1328.-Le débiteur substitué, et le débiteur originaire s'il reste tenu, peuvent opposer au créancier les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation de dettes connexes. Chacun peut aussi opposer les exceptions qui lui sont personnelles.

« Art. 1328-1.-Lorsque le débiteur originaire n'est pas déchargé par le créancier, les sûretés subsistent. Dans le cas contraire, les sûretés consenties par des tiers ne subsistent qu'avec leur accord.

« Si le cédant est déchargé, ses codébiteurs solidaires restent tenus déduction faite de sa part dans la dette.

« Section 3

« La novation

« Art. 1329.-La novation est un contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée.

« Elle peut avoir lieu par substitution d'obligation entre les mêmes parties, par changement de débiteur ou par changement de créancier.

« Art. 1330.-La novation ne se présume pas ; la volonté de l'opérer doit résulter clairement de l'acte.

« Art. 1331.-La novation n'a lieu que si l'obligation ancienne et l'obligation nouvelle sont l'une et l'autre valables, à moins qu'elle n'ait pour objet déclaré de substituer un engagement valable à un engagement entaché d'un vice.

« Art. 1332.-La novation par changement de débiteur peut s'opérer sans le concours du premier débiteur.

« Art. 1333.-La novation par changement de créancier requiert le consentement du débiteur. Celui-ci peut, par avance, accepter que le nouveau créancier soit désigné par le premier.

« La novation est opposable aux tiers à la date de l'acte. En cas de contestation de la date de la novation, la preuve en incombe au nouveau créancier, qui peut l'apporter par tout moyen.

« Art. 1334.-L'extinction de l'obligation ancienne s'étend à tous ses accessoires.

« Par exception, les sûretés d'origine peuvent être réservées pour la garantie de la nouvelle obligation avec le consentement des tiers garants.

« Art. 1335.-La novation convenue entre le créancier et l'un des codébiteurs solidaires libère les autres.

« La novation convenue entre le créancier et une caution ne libère pas le débiteur principal. Elle libère les autres cautions à concurrence de la part contributive de celle dont l'obligation a fait l'objet de la novation.

« Section 4

« La délégation

« Art. 1336.-La délégation est une opération par laquelle une personne, le délégant, obtient d'une autre, le

délégué, qu'elle s'oblige envers une troisième, le délégataire, qui l'accepte comme débiteur.

« Le délégué ne peut, sauf stipulation contraire, opposer au délégataire aucune exception tirée de ses rapports avec le délégant ou des rapports entre ce dernier et le délégataire.

« Art. 1337.-Lorsque le délégant est débiteur du délégataire et que la volonté du délégataire de décharger le délégant résulte expressément de l'acte, la délégation opère novation.

« Toutefois, le délégant demeure tenu s'il s'est expressément engagé à garantir la solvabilité future du délégué ou si ce dernier se trouve soumis à une procédure d'apurement de ses dettes lors de la délégation.

« Art. 1338.-Lorsque le délégant est débiteur du délégataire mais que celui-ci ne l'a pas déchargé de sa dette, la délégation donne au délégataire un second débiteur.

« Le paiement fait par l'un des deux débiteurs libère l'autre, à due concurrence.

« Art. 1339.-Lorsque le délégant est créancier du délégué, sa créance ne s'éteint que par l'exécution de l'obligation du délégué envers le délégataire et à due concurrence.

« Jusque-là, le délégant ne peut en exiger ou en recevoir le paiement que pour la part qui excéderait l'engagement du délégué. Il ne recouvre ses droits qu'en exécutant sa propre obligation envers le délégataire.

« La cession ou la saisie de la créance du délégant ne produisent effet que sous les mêmes limitations.

« Toutefois, si le délégataire a libéré le délégant, le délégué est lui-même libéré à l'égard du délégant, à concurrence du montant de son engagement envers le délégataire.

« Art. 1340.-La simple indication faite par le débiteur d'une personne désignée pour payer à sa place n'emporte ni novation, ni délégation. Il en est de même de la simple indication faite, par le créancier, d'une personne désignée pour recevoir le paiement pour lui.

« Chapitre III

« Les actions ouvertes au créancier

« Art. 1341.-Le créancier a droit à l'exécution de l'obligation ; il peut y contraindre le débiteur dans les conditions prévues par la loi.

« Art. 1341-1.-Lorsque la carence du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions à caractère patrimonial compromet les droits de son créancier, celui-ci peut les exercer pour le compte de son débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement rattachés à sa personne.

« Art. 1341-2.-Le créancier peut aussi agir en son nom personnel pour faire déclarer inopposables à son égard les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude.

« Art. 1341-3.-Dans les cas déterminés par la loi, le créancier peut agir directement en paiement de sa créance contre un débiteur de son débiteur.

« Chapitre IV

« L'extinction de l'obligation

« Section 1

« Le paiement

« Sous-section 1

« Dispositions générales

« Art. 1342.-Le paiement est l'exécution volontaire de la prestation due.

« Il doit être fait sitôt que la dette devient exigible.

« Il libère le débiteur à l'égard du créancier et éteint la dette, sauf lorsque la loi ou le contrat prévoit une subrogation dans les droits du créancier.

« Art. 1342-1.-Le paiement peut être fait même par une personne qui n'y est pas tenue, sauf refus légitime du créancier.

« Art. 1342-2.-Le paiement doit être fait au créancier ou à la personne désignée pour le recevoir.

« Le paiement fait à une personne qui n'avait pas qualité pour le recevoir est néanmoins valable si le créancier le ratifie ou s'il en a profité.

« Le paiement fait à un créancier dans l'incapacité de contracter n'est pas valable, s'il n'en a tiré profit.

« Art. 1342-3.-Le paiement fait de bonne foi à un créancier apparent est valable.

« Art. 1342-4.-Le créancier peut refuser un paiement partiel même si la prestation est divisible.

« Il peut accepter de recevoir en paiement autre chose que ce qui lui est dû.

« Art. 1342-5.-Le débiteur d'une obligation de remettre un corps certain est libéré par sa remise au créancier en l'état, sauf à prouver, en cas de détérioration, que celle-ci n'est pas due à son fait ou à celui de personnes dont il doit répondre.

« Art. 1342-6.-A défaut d'une autre désignation par la loi, le contrat ou le juge, le paiement doit être fait au domicile du débiteur.

« Art. 1342-7.-Les frais du paiement sont à la charge du débiteur.

« Art. 1342-8.-Le paiement se prouve par tout moyen.

« Art. 1342-9.-La remise volontaire par le créancier au débiteur de l'original sous signature privée ou de la copie exécutoire du titre de sa créance vaut présomption simple de libération.

« La même remise à l'un des codébiteurs solidaires produit le même effet à l'égard de tous.

« Art. 1342-10.-Le débiteur de plusieurs dettes peut indiquer, lorsqu'il paie, celle qu'il entend acquitter.

« A défaut d'indication par le débiteur, l'imputation a lieu comme suit : d'abord sur les dettes échues ; parmi celles-ci, sur les dettes que le débiteur avait le plus d'intérêt d'acquitter. A égalité d'intérêt, l'imputation se fait sur la plus ancienne ; toutes choses égales, elle se fait proportionnellement.

« Sous-section 2

« Dispositions particulières aux obligations de sommes d'argent

« Art. 1343.-Le débiteur d'une obligation de somme d'argent se libère par le versement de son montant nominal.

« Le montant de la somme due peut varier par le jeu de l'indexation.

« Le débiteur d'une dette de valeur se libère par le versement de la somme d'argent résultant de sa liquidation.

« Art. 1343-1.-Lorsque l'obligation de somme d'argent porte intérêt, le débiteur se libère en versant le principal et les intérêts. Le paiement partiel s'impute d'abord sur les intérêts.

« L'intérêt est accordé par la loi ou stipulé dans le contrat. Le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit. Il est réputé annuel par défaut.

« Art. 1343-2.-Les intérêts échus, dus au moins pour une année entière, produisent intérêt si le contrat l'a prévu ou si une décision de justice le précise.

« Art. 1343-3.-Le paiement, en France, d'une obligation de somme d'argent s'effectue en euros. Toutefois, le paiement peut avoir lieu en une autre devise si l'obligation ainsi libellée procède d'un contrat international ou d'un jugement étranger.

« Art. 1343-4.-A défaut d'une autre désignation par la loi, le contrat ou le juge, le lieu du paiement de l'obligation de somme d'argent est le domicile du créancier.

« Art. 1343-5.-Le juge peut, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues.

« Par décision spéciale et motivée, il peut ordonner que les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit au moins égal au taux légal, ou que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital.

« Il peut subordonner ces mesures à l'accomplissement par le débiteur d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette.

« La décision du juge suspend les procédures d'exécution qui auraient été engagées par le créancier. Les majorations d'intérêts ou les pénalités prévues en cas de retard ne sont pas encourues pendant le délai fixé par le juge.

« Toute stipulation contraire est réputée non écrite.

« Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux dettes d'aliment.

« Sous-section 3

« La mise en demeure

« Paragraphe 1

« La mise en demeure du débiteur

« Art. 1344.-Le débiteur est mis en demeure de payer soit par une sommation ou un acte portant interpellation suffisante, soit, si le contrat le prévoit, par la seule exigibilité de l'obligation.

« Art. 1344-1.-La mise en demeure de payer une obligation de somme d'argent fait courir l'intérêt moratoire, au taux légal, sans que le créancier soit tenu de justifier d'un préjudice.

« Art. 1344-2.-La mise en demeure de délivrer une chose met les risques à la charge du débiteur, s'ils n'y sont déjà.

« Paragraphe 2

« La mise en demeure du créancier

« Art. 1345.-Lorsque le créancier, à l'échéance et sans motif légitime, refuse de recevoir le paiement qui lui est dû ou l'empêche par son fait, le débiteur peut le mettre en demeure d'en accepter ou d'en permettre l'exécution.

« La mise en demeure du créancier arrête le cours des intérêts dus par le débiteur et met les risques de la chose à la charge du créancier, s'ils n'y sont déjà, sauf faute lourde ou dolosive du débiteur.

« Elle n'interrompt pas la prescription.

« Art. 1345-1.-Si l'obstruction n'a pas pris fin dans les deux mois de la mise en demeure, le débiteur peut, lorsque l'obligation porte sur une somme d'argent, la consigner à la Caisse des dépôts et consignations ou, lorsque l'obligation porte sur la livraison d'une chose, séquestrer celle-ci auprès d'un gardien professionnel.

« Si le séquestre de la chose est impossible ou trop onéreux, le juge peut en autoriser la vente amiable ou aux enchères publiques. Déduction faite des frais de la vente, le prix en est consigné à la Caisse des dépôts et consignations.

« La consignation ou le séquestre libère le débiteur à compter de leur notification au créancier.

« Art. 1345-2.-Lorsque l'obligation porte sur un autre objet, le débiteur est libéré si l'obstruction n'a pas cessé dans les deux mois de la mise en demeure.

« Art. 1345-3.-Les frais de la mise en demeure et de la consignation ou du séquestre sont à la charge du créancier.

« Sous-section 4

« Le paiement avec subrogation

« Art. 1346.-La subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette.

« Art. 1346-1.-La subrogation conventionnelle s'opère à l'initiative du créancier lorsque celui-ci, recevant son paiement d'une tierce personne, la subroge dans ses droits contre le débiteur.

« Cette subrogation doit être expresse.

« Elle doit être consentie en même temps que le paiement, à moins que, dans un acte antérieur, le subrogeant n'ait manifesté la volonté que son cocontractant lui soit subrogé lors du paiement. La concomitance de la subrogation et du paiement peut être prouvée par tous moyens.

« Art. 1346-2.-La subrogation a lieu également lorsque le débiteur, empruntant une somme à l'effet de payer sa dette, subroge le prêteur dans les droits du créancier avec le concours de celui-ci. En ce cas, la subrogation doit être expresse et la quittance donnée par le créancier doit indiquer l'origine des fonds.

« La subrogation peut être consentie sans le concours du créancier, mais à la condition que la dette soit échue ou que le terme soit en faveur du débiteur. Il faut alors que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaire, que dans l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le paiement, et que dans la quittance il soit déclaré que le paiement a été fait des sommes versées à cet effet par le nouveau créancier.

« Art. 1346-3.-La subrogation ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie ; en ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel.

« Art. 1346-4.-La subrogation transmet à son bénéficiaire, dans la limite de ce qu'il a payé, la créance et ses accessoires, à l'exception des droits exclusivement attachés à la personne du créancier.

« Toutefois, le subrogé n'a droit qu'à l'intérêt légal à compter d'une mise en demeure, s'il n'a convenu avec le débiteur d'un nouvel intérêt. Ces intérêts sont garantis par les sûretés attachées à la créance, dans les limites, lorsqu'elles ont été constituées par des tiers, de leurs engagements initiaux s'ils ne consentent à s'obliger au-delà.

« Art. 1346-5.-Le débiteur peut invoquer la subrogation dès qu'il en a connaissance mais elle ne peut lui être opposée que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte.

« La subrogation est opposable aux tiers dès le paiement.

« Le débiteur peut opposer au créancier subrogé les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation de dettes connexes. Il peut également lui opposer les exceptions nées de ses rapports avec le subrogeant avant que la subrogation lui soit devenue opposable, telles que l'octroi d'un terme, la remise de dette ou la compensation de dettes non connexes.

« Section 2

« La compensation

« Sous-section 1

« Règles générales

« Art. 1347.-La compensation est l'extinction simultanée d'obligations réciproques entre deux personnes.

« Elle s'opère, sous réserve d'être invoquée, à due concurrence, à la date où ses conditions se trouvent réunies.

« Art. 1347-1.-Sous réserve des dispositions prévues à la sous-section suivante, la compensation n'a lieu qu'entre deux obligations fongibles, certaines, liquides et exigibles.

« Sont fongibles les obligations de somme d'argent, même en différentes devises, pourvu qu'elles soient convertibles, ou celles qui ont pour objet une quantité de choses de même genre.

« Art. 1347-2.-Les créances insaisissables et les obligations de restitution d'un dépôt, d'un prêt à usage ou d'une chose dont le propriétaire a été injustement privé ne sont compensables que si le créancier y consent.

« Art. 1347-3.-Le délai de grâce ne fait pas obstacle à la compensation.

« Art. 1347-4.-S'il y a plusieurs dettes compensables, les règles d'imputation des paiements sont transposables.

« Art. 1347-5.-Le débiteur qui a pris acte sans réserve de la cession de la créance ne peut opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu opposer au cédant.

« Art. 1347-6.-La caution peut opposer au créancier la compensation intervenue entre ce dernier et le débiteur principal.

« Le codébiteur solidaire peut se prévaloir de la compensation intervenue entre le créancier et l'un de ses coobligés pour faire déduire la part divise de celui-ci du total de la dette.

« Art. 1347-7.-La compensation ne préjudicie pas aux droits acquis par des tiers.

« Sous-section 2

« Règles particulières

« Art. 1348.-La compensation peut être prononcée en justice, même si l'une des obligations, quoique certaine, n'est pas encore liquide ou exigible. A moins qu'il n'en soit décidé autrement, la compensation produit alors ses effets à la date de la décision.

« Art. 1348-1.-Le juge ne peut refuser la compensation de dettes connexes au seul motif que l'une des obligations ne serait pas liquide ou exigible.
« Dans ce cas, la compensation est réputée s'être produite au jour de l'exigibilité de la première d'entre elles.
« Dans le même cas, l'acquisition de droits par un tiers sur l'une des obligations n'empêche pas son débiteur d'opposer la compensation.

« Art. 1348-2.-Les parties peuvent librement convenir d'éteindre toutes obligations réciproques, présentes ou futures, par une compensation ; celle-ci prend effet à la date de leur accord ou, s'il s'agit d'obligations futures, à celle de leur coexistence.

« Section 3
« La confusion

« Art. 1349.-La confusion résulte de la réunion des qualités de créancier et de débiteur d'une même obligation dans la même personne. Elle éteint la créance et ses accessoires, sous réserve des droits acquis par ou contre des tiers.

« Art. 1349-1.-Lorsqu'il y a solidarité entre plusieurs débiteurs ou entre plusieurs créanciers, et que la confusion ne concerne que l'un d'eux, l'extinction n'a lieu, à l'égard des autres, que pour sa part.
« Lorsque la confusion concerne une obligation cautionnée, la caution, même solidaire, est libérée. Lorsque la confusion concerne l'obligation d'une des cautions, le débiteur principal n'est pas libéré. Les autres cautions solidaires sont libérées à concurrence de la part de cette caution.

« Section 4
« La remise de dette

« Art. 1350.-La remise de dette est le contrat par lequel le créancier libère le débiteur de son obligation.

« Art. 1350-1.-La remise de dette consentie à l'un des codébiteurs solidaires libère les autres à concurrence de sa part.
« La remise de dette faite par l'un seulement des créanciers solidaires ne libère le débiteur que pour la part de ce créancier.

« Art. 1350-2.-La remise de dette accordée au débiteur principal libère les cautions, même solidaires.
« La remise consentie à l'une des cautions solidaires ne libère pas le débiteur principal, mais libère les autres à concurrence de sa part.
« Ce que le créancier a reçu d'une caution pour la décharge de son cautionnement doit être imputé sur la dette et décharger le débiteur principal à proportion. Les autres cautions ne restent tenues que déduction faite de la part de la caution libérée ou de la valeur fournie si elle excède cette part.

« Section 5
« L'impossibilité d'exécuter

« Art. 1351.-L'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger ou qu'il ait été préalablement mis en demeure.

« Art. 1351-1.-Lorsque l'impossibilité d'exécuter résulte de la perte de la chose due, le débiteur mis en demeure est néanmoins libéré s'il prouve que la perte se serait pareillement produite si l'obligation avait été exécutée.
« Il est cependant tenu de céder à son créancier les droits et actions attachés à la chose.

« Chapitre V
« Les restitutions

« Art. 1352.-La restitution d'une chose autre que d'une somme d'argent a lieu en nature ou, lorsque cela est impossible, en valeur, estimée au jour de la restitution.

« Art. 1352-1.-Celui qui restitue la chose répond des dégradations et détériorations qui en ont diminué la valeur, à moins qu'il ne soit de bonne foi et que celles-ci ne soient pas dues à sa faute.

« Art. 1352-2.-Celui qui l'ayant reçue de bonne foi a vendu la chose ne doit restituer que le prix de la vente.
« S'il l'a reçue de mauvaise foi, il en doit la valeur au jour de la restitution lorsqu'elle est supérieure au prix.

« Art. 1352-3.-La restitution inclut les fruits et la valeur de la jouissance que la chose a procurée.
« La valeur de la jouissance est évaluée par le juge au jour où il se prononce.
« Sauf stipulation contraire, la restitution des fruits, s'ils ne se retrouvent pas en nature, a lieu selon une valeur estimée à la date du remboursement, suivant l'état de la chose au jour du paiement de l'obligation.

« Art. 1352-4.-Les restitutions dues à un mineur non émancipé ou à un majeur protégé sont réduites à proportion du profit qu'il a retiré de l'acte annulé.

« Art. 1352-5.-Pour fixer le montant des restitutions, il est tenu compte à celui qui doit restituer des dépenses nécessaires à la conservation de la chose et de celles qui en ont augmenté la valeur, dans la limite de la plus-value estimée au jour de la restitution.

« Art. 1352-6.-La restitution d'une somme d'argent inclut les intérêts au taux légal et les taxes acquittées entre les mains de celui qui l'a reçue.

« Art. 1352-7.-Celui qui a reçu de mauvaise foi doit les intérêts, les fruits qu'il a perçus ou la valeur de la

jouissance à compter du paiement. Celui qui a reçu de bonne foi ne les doit qu'à compter du jour de la demande.

« Art. 1352-8.-La restitution d'une prestation de service a lieu en valeur. Celle-ci est appréciée à la date à laquelle elle a été fournie.

« Art. 1352-9.-Les sûretés constituées pour le paiement de l'obligation sont reportées de plein droit sur l'obligation de restituer sans toutefois que la caution soit privée du bénéfice du terme. »

► Chapitre III : Dispositions relatives à la preuve des obligations

Article 4

Le titre IV bis « De la responsabilité du fait des produits défectueux » est remplacé par les dispositions suivantes :

« Titre IV BIS

« DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS

« Chapitre Ier

« Dispositions générales

« Art. 1353.-Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.

« Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

« Art. 1354.-La présomption que la loi attache à certains actes ou à certains faits en les tenant pour certains dispense celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la preuve.

« Elle est dite simple, lorsque la loi réserve la preuve contraire, et peut alors être renversée par tout moyen de preuve ; elle est dite mixte, lorsque la loi limite les moyens par lesquels elle peut être renversée ou l'objet sur lequel elle peut être renversée ; elle est dite irréfragable lorsqu'elle ne peut être renversée.

« Art. 1355.-L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité.

« Art. 1356.-Les contrats sur la preuve sont valables lorsqu'ils portent sur des droits dont les parties ont la libre disposition.

« Néanmoins, ils ne peuvent contredire les présomptions irréfragables établies par la loi, ni modifier la foi attachée à l'aveu ou au serment. Ils ne peuvent davantage établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable.

« Art. 1357.-L'administration judiciaire de la preuve et les contestations qui s'y rapportent sont régies par le code de procédure civile.

« Chapitre II

« L'admissibilité des modes de preuve

« Art. 1358.-Hors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tout moyen.

« Art. 1359.-L'acte juridique portant sur une somme ou une valeur excédant un montant fixé par décret doit être prouvé par écrit sous signature privée ou authentique.

« Il ne peut être prouvé outre ou contre un écrit établissant un acte juridique, même si la somme ou la valeur n'excède pas ce montant, que par un autre écrit sous signature privée ou authentique.

« Celui dont la créance excède le seuil mentionné au premier alinéa ne peut pas être dispensé de la preuve par écrit en restreignant sa demande.

« Il en est de même de celui dont la demande, même inférieure à ce montant, porte sur le solde ou sur une partie d'une créance supérieure à ce montant.

« Art. 1360.-Les règles prévues à l'article précédent reçoivent exception en cas d'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit, s'il est d'usage de ne pas établir un écrit, ou lorsque l'écrit a été perdu par force majeure.

« Art. 1361.-Il peut être suppléé à l'écrit par l'aveu judiciaire, le serment décisive ou un commencement de preuve par écrit corroboré par un autre moyen de preuve.

« Art. 1362.-Constitue un commencement de preuve par écrit tout écrit qui, émanant de celui qui conteste un acte ou de celui qu'il représente, rend vraisemblable ce qui est allégué.

« Peuvent être considérés par le juge comme équivalant à un commencement de preuve par écrit les déclarations faites par une partie lors de sa comparution personnelle, son refus de répondre ou son absence à la comparution.

« La mention d'un écrit authentique ou sous signature privée sur un registre public vaut commencement de preuve par écrit.

« Chapitre III

« Les différents modes de preuve

« Section 1

« La preuve par écrit

« Sous-section 1

« Dispositions générales

« Art. 1363.-Nul ne peut se constituer de titre à soi-même.

« Art. 1364.-La preuve d'un acte juridique peut être préconstituée par un écrit en la forme authentique ou sous signature privée.

« Art. 1365.-L'écrit consiste en une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quel que soit leur support.

« Art. 1366.-L'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.

« Art. 1367.-La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie son auteur. Elle manifeste son consentement aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte.

« Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

« Art. 1368.-A défaut de dispositions ou de conventions contraires, le juge règle les conflits de preuve par écrit en déterminant par tout moyen le titre le plus vraisemblable.

« Sous-section 2

« L'acte authentique

« Art. 1369.-L'acte authentique est celui qui a été reçu, avec les solennités requises, par un officier public ayant compétence et qualité pour instrumenter.

« Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

« Lorsqu'il est reçu par un notaire, il est dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi.

« Art. 1370.-L'acte qui n'est pas authentique du fait de l'incompétence ou de l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme, vaut comme écrit sous signature privée, s'il a été signé des parties.

« Art. 1371.-L'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux de ce que l'officier public dit avoir personnellement accompli ou constaté.

« En cas d'inscription de faux, le juge peut suspendre l'exécution de l'acte.

« Sous-section 3

« L'acte sous signature privée

« Art. 1372.-L'acte sous signature privée, reconnu par la partie à laquelle on l'oppose ou légalement tenu pour reconnu à son égard, fait foi entre ceux qui l'ont souscrit et à l'égard de leurs héritiers et ayants cause.

« Art. 1373.-La partie à laquelle on l'oppose peut désavouer son écriture ou sa signature. Les héritiers ou ayants cause d'une partie peuvent pareillement désavouer l'écriture ou la signature de leur auteur, ou déclarer qu'ils ne les connaissent. Dans ces cas, il y a lieu à vérification d'écriture.

« Art. 1374.-L'acte sous signature privée contresigné par les avocats de chacune des parties ou par l'avocat de toutes les parties fait foi de l'écriture et de la signature des parties, tant à leur égard qu'à celui de leurs héritiers ou ayants cause.

« La procédure de faux prévue par le code de procédure civile lui est applicable.

« Cet acte est dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi.

« Art. 1375.-L'acte sous signature privée qui constate un contrat synallagmatique ne fait preuve que s'il a été fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, à moins que les parties ne soient convenues de remettre à un tiers l'unique exemplaire dressé.

« Chaque original doit mentionner le nombre des originaux qui en ont été faits.

« Celui qui a exécuté le contrat, même partiellement, ne peut opposer le défaut de la pluralité d'originaux ou de la mention de leur nombre.

« L'exigence d'une pluralité d'originaux est réputée satisfaite pour les contrats sous forme électronique lorsque l'acte est établi et conservé conformément aux articles 1366 et 1367, et que le procédé permet à chaque partie de disposer d'un exemplaire sur support durable ou d'y avoir accès.

« Art. 1376.-L'acte sous signature privée par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible ne fait preuve que s'il comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous signature privée vaut preuve pour la somme écrite en toutes lettres.

« Art. 1377.-L'acte sous signature privée n'acquiert date certaine à l'égard des tiers que du jour où il a été enregistré, du jour de la mort d'un signataire, ou du jour où sa substance est constatée dans un acte authentique.

« Sous-section 4

« Autres écrits

« Art. 1378.-Les registres et documents que les professionnels doivent tenir ou établir ont, contre leur auteur, la même force probante que les écrits sous signature privée ; mais celui qui s'en prévaut ne peut en diviser les mentions pour n'en retenir que celles qui lui sont favorables.

« Art. 1378-1.-Les registres et papiers domestiques ne font pas preuve au profit de celui qui les a écrits.
« Ils font preuve contre lui :
« 1° Dans tous les cas où ils énoncent formellement un paiement reçu ;
« 2° Lorsqu'ils contiennent la mention expresse que l'écrit a été fait pour suppléer le défaut du titre en faveur de qui ils énoncent une obligation.

« Art. 1378-2.-La mention d'un paiement ou d'une autre cause de libération portée par le créancier sur un titre original qui est toujours resté en sa possession vaut présomption simple de libération du débiteur.
« Il en est de même de la mention portée sur le double d'un titre ou d'une quittance, pourvu que ce double soit entre les mains du débiteur.

« Sous-section 5
« Les copies

« Art. 1379.-La copie fiable a la même force probante que l'original. La fiabilité est laissée à l'appréciation du juge. Néanmoins est réputée fiable la copie exécutoire ou authentique d'un écrit authentique.
« Est présumée fiable jusqu'à preuve du contraire toute copie résultant d'une reproduction à l'identique de la forme et du contenu de l'acte, et dont l'intégrité est garantie dans le temps par un procédé conforme à des conditions fixées par décret en Conseil d'État.
« Si l'original subsiste, sa présentation peut toujours être exigée.

« Sous-section 6
« Les actes récongnitifs

« Art. 1380.-L'acte récongnitif ne dispense pas de la présentation du titre original sauf si sa teneur y est spécialement relatée.
« Ce qu'il contient de plus ou de différent par rapport au titre original n'a pas d'effet.

« Section 2
« La preuve par témoins

« Art. 1381.-La valeur probante des déclarations faites par un tiers dans les conditions du code de procédure civile est laissée à l'appréciation du juge.

« Section 3
« La preuve par présomption judiciaire

« Art. 1382.-Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi, sont laissées à l'appréciation du juge, qui ne doit les admettre que si elles sont graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet la preuve par tout moyen.

« Section 4
« L'aveu

« Art. 1383.-L'aveu est la déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques.
« Il peut être judiciaire ou extrajudiciaire.

« Art. 1383-1.-L'aveu extrajudiciaire purement verbal n'est reçu que dans les cas où la loi permet la preuve par tout moyen.
« Sa valeur probante est laissée à l'appréciation du juge.

« Art. 1383-2.-L'aveu judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie ou son représentant spécialement mandaté.
« Il fait foi contre celui qui l'a fait.
« Il ne peut être divisé contre son auteur.
« Il est irrévocable, sauf en cas d'erreur de fait.

« Section 5
« Le serment

« Art. 1384.-Le serment peut être déféré, à titre décisoire, par une partie à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause. Il peut aussi être déféré d'office par le juge à l'une des parties.

« Sous-section 1
« Le serment décisoire

« Art. 1385.-Le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit et en tout état de cause.

« Art. 1385-1.-Il ne peut être déféré que sur un fait personnel à la partie à laquelle on le défère.
« Il peut être référé par celle-ci, à moins que le fait qui en est l'objet ne lui soit purement personnel.

« Art. 1385-2.-Celui à qui le serment est déféré et qui le refuse ou ne veut pas le référer, ou celui à qui il a été référé et qui le refuse, succombe dans sa prétention.

« Art. 1385-3.-La partie qui a déféré ou référé le serment ne peut plus se rétracter lorsque l'autre partie a déclaré qu'elle est prête à faire ce serment.
« Lorsque le serment déféré ou référé a été fait, l'autre partie n'est pas admise à en prouver la fausseté.

« Art. 1385-4.-Le serment ne fait preuve qu'au profit de celui qui l'a déféré et de ses héritiers et ayants cause, ou contre eux.
 « Le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur ne libère celui-ci que pour la part de ce créancier.
 « Le serment déféré au débiteur principal libère également les cautions.
 « Celui déféré à l'un des débiteurs solidaires profite aux codébiteurs.
 « Celui déféré à la caution profite au débiteur principal.
 « Dans ces deux derniers cas, le serment du codébiteur solidaire ou de la caution ne profite aux autres codébiteurs ou au débiteur principal que lorsqu'il a été déféré sur la dette, et non sur le fait de la solidarité ou du cautionnement.

« Sous-section 2
 « Le serment déféré d'office

« Art. 1386.-Le juge peut d'office déférer le serment à l'une des parties.
 « Ce serment ne peut être référé à l'autre partie.
 « Sa valeur probante est laissée à l'appréciation du juge.

« Art. 1386-1.-Le juge ne peut déférer d'office le serment, soit sur la demande, soit sur l'exception qui y est opposée, que si elle n'est pas pleinement justifiée ou totalement dénuée de preuves. »

► Titre II : DISPOSITIONS DE COORDINATION

Article 5

Les livres Ier, III et IV du code civil sont ainsi modifiés :

- 1° Au deuxième alinéa de l'article 402, les mots : « l'article 1338 » sont remplacés par les mots : « l'article 1182 » ;
- 2° Au dernier alinéa des articles 414-2, 435, 488 ainsi qu'à l'avant-dernier alinéa des articles 465 et 494-9, les mots : « l'article 1304 » sont remplacés par les mots : « l'article 2224 » ;
- 3° A l'article 492-1, les mots : « l'article 1328 » sont remplacés par les mots : « l'article 1377 » ;
- 4° Au dernier alinéa des articles 794 et 1578 et à l'avant-dernier alinéa de l'article 1397, les mots : « l'article 1167 » sont remplacés par les mots : « l'article 1341-2 » ;
- 5° Après l'article 931, il est inséré un article ainsi rédigé :

« Art. 931-1.-En cas de vice de forme, une donation entre vifs ne peut faire l'objet d'une confirmation. Elle doit être refaite en la forme légale.
 « Après le décès du donateur, la confirmation ou exécution volontaire d'une donation par les héritiers ou ayant cause du donateur emporte leur renonciation à opposer les vices de forme ou toute autre cause de nullité. » ;

6° Le chapitre VIII du titre VI du livre III est désormais intitulé « Du transport de certains droits incorporels, des droits successifs et des droits litigieux », et ainsi modifié :

- a) A l'article 1689, les mots : « d'une créance, » sont supprimés ;
- b) Les articles 1692, 1694 et 1695 sont abrogés ;
- c) A l'article 1693, les mots : « une créance ou autre » sont remplacés par le mot : « un » ;
- d) Après l'article 1701 est inséré un article ainsi rédigé :

« Art. 1701-1.-Les articles 1689 à 1691 et 1693 ne s'appliquent pas aux cessions régies par les articles 1321 à 1326 du présent code. » ;

7° Aux articles 1924 et 1950, les mots : « l'article 1341 » sont remplacés par les mots : « l'article 1359 » ;

8° L'article 1964 est abrogé ;

9° A l'article 2238, les mots : « l'article 1244-4 » et « au même article 1244-4 » sont remplacés respectivement par les mots : « l'article L. 125-1 du code des procédures civiles d'exécution » et « au même article » ;

10° Au dernier alinéa de l'article 2513, les mots : « l'article 1316-1 » sont remplacés par les mots : « l'article 1366 ».

Article 6

I.-L'article L. 116-4 du code de l'action sociale et des familles est modifié comme suit :

1° Au début du premier alinéa, il est inséré la mention : « I » ;

2° L'article est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« II.-Sauf autorisation de justice, il est interdit, à peine de nullité, à quiconque est frappé de l'interdiction prévue au I de se rendre acquéreur d'un bien ou cessionnaire d'un droit appartenant à une personne prise en charge, accueillie ou accompagnée dans les conditions prévues par le I ou de prendre à bail le logement occupé par cette personne avant sa prise en charge ou son accueil.

« Pour l'application du présent II, sont réputées personnes interposées, le conjoint, le partenaire d'un pacte civil de solidarité, le concubin, les ascendants et les descendants des personnes auxquelles s'appliquent les interdictions ci-dessus édictées. »

II.-Le code des assurances est ainsi modifié :

1° A l'article L. 121-2 et au III de l'article L. 511-1, les mots : « l'article 1384 » sont remplacés par les mots : « l'article 1242 » ;

2° Au troisième alinéa de l'article L. 121-13, les mots : « l'article 1382 » sont remplacés par les mots : « l'article 1240 » ;

3° A l'article L. 132-14, les mots : « l'article 1167 » sont remplacés par les mots : « l'article 1341-2 » ;

4° A l'article L. 443-1, les mots : « au 3° de l'article 1251 » sont remplacés par les mots : « l'article 1346 » ;

5° Au III de l'article 511-1, les mots : « l'article 1384 » sont remplacés par les mots : « l'article 1242 ».

III.-Le code de commerce est ainsi modifié :

1° Au second alinéa de l'article L. 145-41, les mots : « aux articles 1244-1 à 1244-3 » sont remplacés par les mots : «

à l'article 1343-5 » ;

2° Au premier alinéa de l'article L. 321-3, les mots : « l'article 1369-5 » sont remplacés par les mots : « l'article 1127-2 » ;

3° Au premier alinéa de l'article L. 511-5, les mots : « l'article 1312 » sont remplacés par les mots : « l'article 1352-4 » ;

4° Au second alinéa de l'article L. 525-5, les mots : « à l'article 1252 » sont remplacés par les mots : « l'article 1346-3 » ;

5° Au premier alinéa de l'article L. 525-6, les mots : « à l'article 1692 » sont remplacés par les mots : « l'alinéa 3 de l'article 1321 » ;

6° Au premier alinéa de l'article L. 527-6, les mots : « à l'article 1137 » sont remplacés par les mots : « l'article 1197 » ;

7° Au cinquième alinéa de l'article L. 611-7 et au premier alinéa de l'article L. 611-10-1, les mots : « des articles 1244-1 à 1244-3 » sont remplacés par les mots : « de l'article 1343-5 » ;

8° Au premier alinéa des articles L. 611-10-1 et L. 622-28, les mots : « l'article 1154 » sont remplacés par les mots : « l'article 1343-2 ».

IV.-Le code de la consommation est ainsi modifié :

1° Au premier alinéa de l'article L. 121-14, les mots : « l'article 1382 » sont remplacés par les mots : « l'article 1240 » ;

2° Au cinquième alinéa de l'article L. 132-1, les mots : « articles 1156 à 1161, 1163 et 1164 » sont remplacés par les mots : « articles 1188, 1189, 1191 et 1192 » ;

3° Au dernier alinéa de l'article L. 311-16, les mots : « l'article 1154 » sont remplacés par les mots : « l'article 1343-2 » ;

4° Aux articles L. 311-24, L. 312-22 et L. 314-14-1, les mots : « des articles 1152 et 1231 » sont remplacés par les mots : « de l'article 1231-5 » ;

5° A l'article L. 311-25, au deuxième alinéa de l'article L. 312-21, au premier alinéa de l'article L. 312-29 et au dernier alinéa de l'article L. 314-10, les mots : « l'article 1152 » sont remplacés par les mots : « l'article 1231-5 » ;

6° Au premier alinéa de l'article L. 313-12, les mots : « aux articles 1244-1 à 1244-3 » sont remplacés par les mots : « à l'article 1343-5 » ;

7° Le deuxième alinéa de l'article L. 314-8 est remplacé par un alinéa ainsi rédigé :

« Ainsi qu'il est dit à l'article 1305-4 du code civil, le débiteur ne peut réclamer le bénéfice du terme s'il ne fournit pas les sûretés promises au créancier ou s'il diminue celles qui garantissent l'obligation. »

V.-Le code de la construction et de l'habitation est ainsi modifié :

1° Au deuxième alinéa de l'article L. 112-12, les mots : « l'article 1384 » sont remplacés par les mots : « l'article 1242 » ;

2° Au deuxième alinéa des articles L. 222-4 et L. 261-13, les mots : « aux articles 1244-1 à 1244-3 » sont remplacés par les mots : « à l'article 1343-5 » ;

3° Au troisième alinéa des articles L. 222-4 et L. 261-13, les mots : « l'article 1244 » sont remplacés par les mots : « l'article 1343-5 » ;

4° Au premier alinéa du II de l'article L. 422-2-1, les mots : « à l'article 1134 » sont remplacés par les mots : « aux articles 1103, 1104 et 1193 ».

VI.-Au premier alinéa de l'article L. 426-4 du code de l'environnement, les mots : « l'article 1382 » sont remplacés par les mots : « l'article 1240 ».

VII.-A l'article L. 131-16 du code forestier, les mots : « l'article 1382 » sont remplacés par les mots : « l'article 1240 ».

VIII.-Le code général des impôts est ainsi modifié :

1° A l'article 864, les mots : « l'article 1321-1 » sont remplacés par les mots : « l'article 1202 » ;

2° Au premier alinéa de l'article 1961, les références aux articles : « 1183, 1184 » sont remplacées par les références aux articles : « 1224 à 1230, 1304 et 1304-7 ».

IX.-Le code monétaire et financier est ainsi modifié :

1° Au deuxième alinéa de l'article L. 213-1A et au premier alinéa de l'article L. 513-26, les mots : « l'article 1300 » sont remplacés par les mots : « l'article 1349 » ;

2° A l'article L. 313-22-1, les mots : « 3° de l'article 1251 » sont remplacés par les mots : « l'article 1346 ».

X.-A l'article L. 223-15 du code de la mutualité, les mots : « l'article 1167 » sont remplacés par les mots : « l'article 1341-2 ».

XI.-Le code des postes et des communications électroniques est ainsi modifié :

1° Aux articles L. 7 et L. 8, les mots : « articles 1134 et suivants et 1382 et suivants » sont remplacés par les mots : « articles 1103, 1104, 1193 et suivants, et 1240 et suivants » ;

2° Au dernier alinéa de l'article L. 75, les mots : « l'article 1384 » sont remplacés par les mots : « l'article 1242 » ;

XII.-Le code des procédures civiles d'exécution est ainsi modifié :

1° A l'article L. 111-3, les mots : « l'article 1244-4 du code civil » sont remplacés par les mots : « l'article L. 125-1 » ;

2° Le titre II du livre Ier est complété par un chapitre V ainsi rédigé :

« Chapitre V

« La procédure simplifiée de recouvrement des petites créances

« Art. L. 125-1.-Une procédure simplifiée de recouvrement des petites créances peut être mise en œuvre par un huissier de justice à la demande du créancier pour le paiement d'une créance ayant une cause contractuelle ou résultant d'une obligation de caractère statutaire et inférieure à un montant défini par décret en Conseil d'Etat.

« Cette procédure se déroule dans un délai d'un mois à compter de l'envoi par l'huissier d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception invitant le débiteur à participer à cette procédure. L'accord du débiteur, constaté par l'huissier de justice, suspend la prescription.

« L'huissier de justice qui a reçu l'accord du créancier et du débiteur sur le montant et les modalités du paiement délivre, sans autre formalité, un titre exécutoire.

« Les frais de toute nature qu'occasionne la procédure sont à la charge exclusive du créancier.

« Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités d'application du présent article, notamment les règles de prévention des conflits d'intérêts lors de la délivrance par l'huissier de justice d'un titre exécutoire.

XIII.-A l'article 4-1 du code de procédure pénale, les mots : « l'article 1383 » sont remplacés par les mots : « l'article 1241 ».

XIV.-Au second alinéa de l'article L. 131-2 du code de la propriété intellectuelle, les mots : « articles 1341 à 1348 » sont remplacés par les mots : « articles 1359 à 1362 ».

XV.-Le code rural et de la pêche maritime est ainsi modifié :

1° Au premier alinéa de l'article L. 211-1, les mots : « l'article 1385 » sont remplacés par les mots : « l'article 1243 » ;

2° Au deuxième alinéa de l'article L. 325-3 et à l'article L. 415-6, les mots : « articles 1382 et suivants » sont remplacés par les mots : « articles 1240 et suivants » ;

3° Au premier alinéa de l'article L. 411-76, les mots : « des articles 1244-1 à 1244-3 » sont remplacés par les mots : « de l'article 1343-5 » ;

4° Au deuxième alinéa de l'article L. 418-3, les mots : « aux articles 1244-1 et suivants » sont remplacés par les mots : « à l'article 1343-5 » ;

5° Au dernier alinéa de l'article L. 666-3, les mots : « l'article 1166 » sont remplacés par les mots : « l'article 1341-1 ».

XVI.-Il est inséré, après l'article L. 3211-5 du code de la santé publique, un article ainsi rédigé :

« Art. L. 3211-5-1.-Sauf autorisation de justice, il est interdit, à peine de nullité, à quiconque exerce une fonction ou occupe un emploi dans un établissement dispensant des soins psychiatriques de se rendre acquéreur d'un bien ou cessionnaire d'un droit appartenant à une personne admise dans l'établissement ou de prendre à bail le logement occupé par cette personne avant son admission dans l'établissement.

« Pour l'application du présent article, sont réputées personnes interposées, le conjoint, le partenaire d'un pacte civil de solidarité, le concubin, les ascendants et les descendants des personnes auxquelles s'appliquent les interdictions ci-dessus édictées. »

XVII.-Au quatrième alinéa de l'article L. 376-1 du code de la sécurité sociale, les mots : « l'article 1252 » sont remplacés par les mots : « l'article 1346-3 ».

XVIII.-A l'article L. 321-3-1 du code du sport, les mots : « premier alinéa de l'article 1384 » sont remplacés par les mots : « premier alinéa de l'article 1242 ».

XIX.-Le code du travail est ainsi modifié :

1° Au premier alinéa de l'article L. 3251-4, les mots : « l'article 1382 » sont remplacés par les mots : « l'article 1240 » ;

2° Au troisième alinéa de l'article L. 5125-2, les mots : « l'article 1226 » sont remplacés par les mots : « l'article 1231-5 ».

XX.-A l'article L. 144-3 du code du travail applicable à Mayotte, les mots : « l'article 1382 » sont remplacés par les mots : « l'article 1240 ».

XXI.-Au II de l'article L. 211-1 du code du tourisme, les mots : « articles 1369-4 à 1369-6 » sont remplacés par les mots : « articles 1127-1 à 1127-3 ».

XXII.-Au premier alinéa de l'article 44 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, les mots : « dispositions des articles 1382,1383,1384 » sont remplacés par les mots : « dispositions des articles 1240,1241,1242 ».

XXIII.-A l'article 2 de la loi du 5 août 1908 modifiant l'article 11 de la loi du 1er août 1905 sur la répression des fraudes dans la vente des marchandises et des falsifications des denrées alimentaires et des produits agricoles et complétant cette loi par un article additionnel, les mots : « articles 1382 et suivants » sont remplacés par les mots : « articles 1240 et suivants ».

XXIV.-La loi du 1er juin 1924 mettant en vigueur la législation civile française dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle est ainsi modifiée :

1° Au deuxième alinéa de l'article 36-2, les mots : « articles 1316-1,1316-3 et 1316-4 » sont remplacés par les mots : « articles 1366 et 1367 » ;

2° Au deuxième alinéa de l'article 36-3 et au troisième alinéa de l'article 40, les mots : « l'article 1316-1 » sont remplacés par les mots : « l'article 1366 ».

XXV.-Au troisième alinéa de l'article 80 de la loi n° 48-1360 du 1er septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement, les mots : « l'article 1244-1,1244-2 et 1244-3 » sont remplacés par les mots : « l'article 1343-5 ».

XXVI.-Au premier alinéa de l'article 6 de la loi n° 56-672 du 9 juillet 1956 instituant diverses mesures de protection envers certains militaires, les mots : « à l'article 1244-1,1244-2 et 1244-3 » sont remplacés par les mots : « à l'article 1343-5 ».

XXVII.-Au septième alinéa de l'article 28 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, les mots : « 3° de l'article 1251 » sont remplacés par les mots : « l'article 1346 ».

XXVIII.-Aux deuxième et troisième alinéas de l'article 9 de la loi n° 67-3 du 3 janvier 1967 relative aux ventes d'immeubles à construire et à l'obligation de garantie à raison des vices de construction, les mots : « l'article 1244 » sont remplacés par les mots : « l'article 1343-5 ».

XXIX.-A l'avant-dernier alinéa de l'article 53 de la loi n° 67-1253 du 30 décembre 1967 d'orientation foncière, les mots : « à l'article 1184 » sont remplacés par les mots : « aux articles 1224 à 1230 ».

XXX.-Au septième alinéa de l'article 6 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce, les mots : « de l'article 1325 » sont remplacés par les mots : « de l'article 1375 ».

XXXI.-A l'article 13 de la loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, les mots : « l'article 1384 » sont remplacés par les mots : « l'article 1242 ».

XXXII.-Au premier alinéa de l'article 60 de la loi n° 70-632 du 15 juillet 1970 relative à une contribution nationale à l'indemnisation des Français dépossédés de biens situés dans un territoire antérieurement placé sous la souveraineté, le protectorat ou la tutelle de la France, les mots : « l'article 1244 » sont remplacés par les mots : « l'article 1343-5 ».

XXXIII.-Les articles 66-3-2 et 66-3-3 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques sont abrogés.

XXXIV.-Au premier alinéa de l'article 23 de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relative à la radiodiffusion et à la télévision, les mots : « l'article 1384 » sont remplacés par les mots : « l'article 1242 ».

XXXV.-Au premier alinéa de l'article 14 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, les mots : « l'article 1275 » sont remplacés par les mots : « l'article 1338 ».

XXXVI.-Au deuxième alinéa de l'article 31 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, les mots : « l'article 1252 » sont remplacés par les mots : « l'article 1346-3 ».

XXXVII.-Au premier alinéa du V de l'article 24 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, les mots : « premier alinéa de l'article 1244-1 » et les mots : « L'article 1244-2 du même code » sont respectivement remplacés par les mots : « premier

alinéa de l'article 1343-5 » et par les mots : « Le quatrième alinéa de l'article 1343-5 ».

XXXVIII.-A l'article 7 de l'ordonnance n° 92-1146 du 12 octobre 1992 portant extension et adaptation dans les territoires de la Nouvelle-Calédonie, de la Polynésie française et des îles Wallis et Futuna de certaines dispositions de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, les mots : « l'article 1153-1 » sont remplacés par les mots : « l'article 1231-7 ».

XXXIX.-L'article 1er de l'ordonnance n° 98-774 du 2 septembre 1998 portant extension et adaptation aux départements, collectivités territoriales et territoires d'outre-mer de dispositions concernant le droit civil, le droit commercial et certaines activités libérales est ainsi modifié :

1° Au premier alinéa du I, les mots : « Les articles 1244 à 1244-3, 1341 à 1348 » sont remplacés par les mots : « Le premier alinéa de l'article 1342-4, les articles 1343-5, 1359 à 1362 » ;

2° Au second alinéa du I, les mots : « aux articles 1244-1 à 1244-3 » sont remplacés par les mots : « à l'article 1343-5 ».

XXXX.-Au IX de l'article 10 de l'ordonnance n° 2002-1476 du 19 décembre 2002 portant extension et adaptation de dispositions de droit civil à Mayotte et modifiant son organisation judiciaire, les mots : « des articles 1152 et 1231 » sont remplacés par les mots : « de l'article 1231-5 ».

XXXI.-A l'article 13 de la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte, les mots : « l'article 1386-11 » sont remplacés par les mots : « l'article 1245-10 ».

XXXII.-A l'article 1er de l'ordonnance n° 2013-516 du 20 juin 2013 portant actualisation du droit civil applicable en Nouvelle-Calédonie et dans les îles Wallis et Futuna, les références : « 1152, 1231 » sont remplacées par la référence : « 1231-5 ».

► Titre III : DISPOSITIONS RELATIVES À L'OUTRE-MER

Article 7

I. - Les dispositions du titre Ier de la présente ordonnance sont applicables à Wallis-et-Futuna.

II. - Les dispositions de l'article 6 de la présente ordonnance relatives aux III, à l'exception du 2°, au IV à l'exception du 4°, en tant qu'il porte sur les articles L. 312-22 et L. 314-14-1 du code de la consommation, du 5°, en tant qu'il porte sur les articles L. 312-21, L. 312-29 et L. 314-10 du même code, du 6° et du 7°, ainsi qu'aux IX, XII, XIII, XXII, XXIII, XXXIII, XXXV, XXXVI, XXXVIII, XXXIX et XXXXII sont applicables à Wallis-et-Futuna.

Article 8

I. - Les dispositions de l'article 6 de la présente ordonnance relatives au 2°, en tant qu'il porte sur l'article L. 415-6 du code rural et de la pêche maritime, et aux 3°, 4° et 5° du XV ne sont pas applicables en Guadeloupe, en Guyane, à la Martinique, à La Réunion, à Mayotte, à Saint-Barthélemy, à Saint-Martin et à Saint-Pierre-et-Miquelon.

II. - Les dispositions du XXXIV de l'article 6 de la présente ordonnance ne sont pas applicables à Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon.

III. - Les dispositions du XXXI de l'article 6 de la présente ordonnance ne sont pas applicables à Mayotte.

► Titre IV : DISPOSITIONS TRANSITOIRES ET FINALES

Article 9

Les dispositions de la présente ordonnance entreront en vigueur le 1er octobre 2016.

Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne.

Toutefois, les dispositions des troisième et quatrième alinéas de l'article 1123 et celles des articles 1158 et 1183 sont applicables dès l'entrée en vigueur de la présente ordonnance.

Lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation.

Article 10

Le Premier ministre, le garde des sceaux, ministre de la justice et la ministre des outre-mer sont responsables, chacun en ce qui le concerne, de l'application de la présente ordonnance, qui sera publiée au Journal officiel de la République française.

Fait le 10 février 2016.

François Hollande

Par le Président de la République :

Le Premier ministre,

Manuel Valls

Le garde des sceaux, ministre de la justice,

Jean-Jacques Urvoas

La ministre des outre-mer,

George Pau-Langevin

Annexe 3

**Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131
du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général
et de la preuve des obligations**



En savoir plus sur ce texte...

JORF n°0035 du 11 février 2016
texte n° 25

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

NOR: JUSC1522466P

ELI: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/texte>

Monsieur le Président de la République,

La présente ordonnance est prise en application de l'article 8 de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures. A ce titre, afin de moderniser, de simplifier, d'améliorer la lisibilité, de renforcer l'accessibilité du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve, de garantir la sécurité juridique et l'efficacité de la norme, le Gouvernement est autorisé, selon les termes de l'habilitation, à prendre par voie d'ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi pour :

- 1° Affirmer les principes généraux du droit des contrats tels que la bonne foi et la liberté contractuelle ; énumérer et définir les principales catégories de contrats ; préciser les règles relatives au processus de conclusion du contrat, y compris conclu par voie électronique, afin de clarifier les dispositions applicables en matière de négociation, d'offre et d'acceptation de contrat, notamment s'agissant de sa date et du lieu de sa formation, de promesse de contrat et de pacte de préférence ;
- 2° Simplifier les règles applicables aux conditions de validité du contrat, qui comprennent celles relatives au consentement, à la capacité, à la représentation et au contenu du contrat, en consacrant en particulier le devoir d'information et la notion de clause abusive et en introduisant des dispositions permettant de sanctionner le comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre ;
- 3° Affirmer le principe du consensualisme et présenter ses exceptions, en indiquant les principales règles applicables à la forme du contrat ;
- 4° Clarifier les règles relatives à la nullité et à la caducité, qui sanctionnent les conditions de validité et de forme du contrat ;
- 5° Clarifier les dispositions relatives à l'interprétation du contrat et spécifier celles qui sont propres aux contrats d'adhésion ;
- 6° Préciser les règles relatives aux effets du contrat entre les parties et à l'égard des tiers, en consacrant la possibilité pour celles-ci d'adapter leur contrat en cas de changement imprévisible de circonstances ;
- 7° Clarifier les règles relatives à la durée du contrat ;
- 8° Regrouper les règles applicables à l'inexécution du contrat et introduire la possibilité d'une résolution unilatérale par notification ;
- 9° Moderniser les règles applicables à la gestion d'affaires et au paiement de l'indu et consacrer la notion d'enrichissement sans cause ;
- 10° Introduire un régime général des obligations et clarifier et moderniser ses règles ; préciser en particulier celles relatives aux différentes modalités de l'obligation, en distinguant les obligations conditionnelles, à terme, cumulatives, alternatives, facultatives, solidaires et à prestation indivisible ; adapter les règles du paiement et expliciter les règles applicables aux autres formes d'extinction de l'obligation résultant de la remise de dette, de la compensation et de la confusion ;
- 11° Regrouper l'ensemble des opérations destinées à modifier le rapport d'obligation ; consacrer, dans les principales actions ouvertes au créancier, les actions directes en paiement prévues par la loi ; moderniser les règles relatives à la cession de créance, à la novation et à la délégation ; consacrer la cession de dette et la cession de contrat ; préciser les règles applicables aux restitutions, notamment en cas d'anéantissement du contrat ;
- 12° Clarifier et simplifier l'ensemble des règles applicables à la preuve des obligations ; en conséquence, énoncer d'abord celles relatives à la charge de la preuve, aux présomptions légales, à l'autorité de chose jugée, aux conventions sur la preuve et à l'admission de la preuve ; préciser, ensuite, les conditions d'admissibilité des modes de preuve des faits et des actes juridiques ; détailler, enfin, les régimes applicables aux différents modes de preuve ;
- 13° Aménager et modifier toutes dispositions de nature législative permettant d'assurer la mise en œuvre et de tirer les conséquences des modifications apportées en application des 1° à 12°.

Genèse de la réforme

Alors que de nombreuses parties du code civil des Français issu de la loi du 30 ventôse an XII, devenu par la suite code Napoléon puis code civil, ont, au cours des dernières années, fait l'objet d'adaptation et de modernisation, le droit commun des obligations, à l'exception de quelques textes issus de la transposition de directives communautaires, n'a pas été modifié depuis plus de deux siècles. Ces règles ont certes été depuis complétées par une jurisprudence abondante, mais cette dernière est par essence fluctuante, voire incertaine, et peut être ressentie par les acteurs économiques comme difficilement accessible et complexe dans son appréhension. La seule lecture du code civil ne permet plus dans ces conditions de donner une vision claire et précise de l'état du droit positif qui, devenu en grande partie prétorien, a changé depuis 1804, la jurisprudence ayant tenu compte de l'évolution des mœurs, des technologies et des pratiques. Par ailleurs, dans une économie mondialisée où les droits eux-mêmes sont mis en concurrence, l'absence d'évolution du droit des contrats et des obligations pénalisait la France sur la scène internationale.

Tout d'abord, des pays qui s'étaient autrefois grandement inspirés du code Napoléon ont réformé leur propre code civil,

en s'affranchissant du modèle français, trop ancien pour demeurer source d'inspiration, comme le Portugal, les Pays-Bas, le Québec, l'Allemagne ou l'Espagne, et il est apparu à cette occasion que le rayonnement du code civil français passait par sa rénovation.

Mais en dehors même de cette dimension politique, l'enjeu au niveau international d'une telle réforme du droit français est économique : les rapports « Doing business » publiés par la Banque mondiale, mettant régulièrement en valeur les systèmes juridiques de Common law, ont notamment contribué à développer l'image d'un droit français complexe, imprévisible, et peu attractif. Dans ce contexte, se doter d'un droit écrit des contrats plus lisible et prévisible, en s'attachant à adopter une rédaction dans un style simple ainsi qu'une présentation plus claire et didactique, constitue un facteur susceptible d'attirer les investisseurs étrangers et les opérateurs souhaitant rattacher leur contrat au droit français.

Dans le même temps, au cours de ces vingt dernières années, les projets européens et internationaux d'harmonisation du droit des contrats se sont multipliés : les principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international publiés en 1994 et complétés en 2004, les principes du droit européen des contrats (PDEC) élaborés par la commission dite Lando, publiés entre 1995 et 2003, le projet de code européen des contrats ou code Gandolfi, publié en 2000, le projet de cadre commun de référence (DCFR), qui couvre tout le droit privé et a été remis officiellement au Parlement européen le 21 janvier 2008, et enfin les travaux menés par la société de législation comparée et l'association Henri Capitant des amis de la pensée juridique française qui ont abouti à la rédaction de principes contractuels communs (PCC) publiés en février 2008.

Il est donc apparu nécessaire, conformément au vœu émis non seulement par la doctrine, mais également par de nombreux praticiens du droit, non pas de refondre totalement le droit des contrats et des obligations, mais de le moderniser, pour faciliter son accessibilité et sa lisibilité, tout en conservant l'esprit du code civil, à la fois favorable à un consensualisme propice aux échanges économiques et protecteur des plus faibles.

Plusieurs projets académiques ont ainsi été élaborés ces dernières années : celui du groupe de travail réuni autour de Pierre Catala puis celui du groupe de travail de l'académie des sciences morales et politiques sous l'égide de François Terré. Par la publicité donnée à ces projets, les acteurs de la vie économique et juridique ont été mis en mesure d'émettre des observations. La Chancellerie a également préparé des avant-projets qui ont été largement diffusés et commentés. Enfin, à la suite de l'habilitation accordée au Gouvernement pour procéder à cette réforme par voie d'ordonnance, un nouveau texte, nourri de l'ensemble de ces travaux, a été soumis à consultation publique. Celle-ci a permis de recueillir les observations des professionnels du droit et des acteurs du monde économique qui, complétées par les nombreux articles de doctrine publiés sur le sujet, ont permis au Gouvernement d'aboutir à un texte répondant aux objectifs fixés de modernisation, de simplification, d'accessibilité et d'efficacité du droit commun des contrats et du régime des obligations, et susceptible de répondre aux attentes des praticiens.

Objectifs de la réforme

La sécurité juridique est le premier objectif poursuivi par l'ordonnance, qui vise tout d'abord à rendre plus lisible et plus accessible le droit des contrats, du régime des obligations, et de la preuve. En effet, en la matière, le code civil, quasiment inchangé depuis 1804, ne reflète plus, dans sa lettre, l'état du droit.

Le style du code civil, dont l'élégance n'est pas contestable, n'est toutefois plus facilement compréhensible pour l'ensemble des citoyens, et certaines formulations sont aujourd'hui désuètes. L'ordonnance rend ces dispositions plus accessibles, par l'usage d'un vocabulaire contemporain, et des formulations plus simples, plus explicites, tout en conservant la concision et la précision qui caractérisent le code civil.

Ensuite, l'ordonnance propose de simplifier le plan du livre III du code civil en adoptant un plan plus pédagogique. Le plan actuel, qui repose notamment sur des distinctions depuis discutées, doit être entièrement repensé et restructuré aux fins de conférer à chaque texte un champ d'application bien déterminé et d'en renforcer la clarté. L'ordonnance fait ainsi le choix de modifier les titres III à IV bis du livre III, pour les consacrer respectivement aux différentes sources d'obligations, au régime général des obligations, et à la preuve des obligations. Chacun de ces titres est également restructuré, l'exposé du droit commun des contrats suivant par exemple un plan chronologique, de la formation du contrat jusqu'à sa fin.

Par ailleurs, l'ordonnance abandonne certaines notions présentes dans le code actuel et historiquement très ancrées dans le droit français, mais qui ne sont pas définies, dont le régime n'est pas déterminé par la loi, et dont le maintien ne paraît pas nécessaire, telles que les obligations de faire, de ne pas faire, et de donner. A l'inverse, il est apparu nécessaire de consacrer certains mécanismes juridiques essentiels pour les praticiens. Par exemple, l'ordonnance définit et prévoit le régime juridique de notions bien connues de la pratique mais absentes du code civil actuel, comme l'offre ou la promesse unilatérale de contrat.

La sécurité juridique impose également la prise en considération de la jurisprudence développée depuis deux cents ans. Force est de constater que les textes actuels ne permettent pas d'appréhender le droit positif, tant la jurisprudence a dû les interpréter, par analogie, a contrario, voire contra legem. La compréhension de nombreuses dispositions passe ainsi nécessairement par la consultation des décisions rendues par les tribunaux, voire par l'interprétation qu'en fait la doctrine. Par ailleurs, la jurisprudence est par essence fluctuante, et ne permet pas d'assurer la sécurité juridique que seul peut offrir un droit écrit. C'est la raison pour laquelle l'ordonnance prévoit, pour sa majeure partie, une codification à droit constant de la jurisprudence, reprenant des solutions bien ancrées dans le paysage juridique français bien que non écrites. Il restitue ainsi au droit commun des contrats, sans bouleversement, la caractéristique essentielle des systèmes de droit continental. L'ordonnance prévoit notamment de reconnaître expressément la réticence dolosive aux côtés du dol comme cause de vice du consentement, la faculté de fixation unilatérale du prix, ou encore l'enrichissement injustifié. L'ordonnance met également fin à certaines hésitations jurisprudentielles nuisibles à la sécurité juridique, en déterminant par exemple à quelle date se forme le contrat.

Le deuxième objectif poursuivi par l'ordonnance est de renforcer l'attractivité du droit français, au plan politique, culturel, et économique. La sécurité juridique conférée à notre droit des obligations, qui constitue le socle des échanges économiques, devrait ainsi faciliter son application dans des contrats de droit international. A cet égard, l'abandon formel de la notion de cause, qui a suscité de nombreux débats, permettra à la France de se rapprocher de la législation de nombreux droits étrangers, tout en consacrant dans la loi les différentes fonctions, dont celle de rééquilibrage du contrat, que la jurisprudence lui avait assignées.

L'ordonnance propose également de consacrer dans la loi certains mécanismes juridiques issus de la pratique, en leur conférant un régime juridique précis et cohérent, tels que la cession de contrat ou la cession de dette. L'ordonnance simplifie en outre d'autres dispositifs pour en favoriser l'utilisation : ainsi est-il prévu d'alléger la procédure des offres réelles, longue et coûteuse, qui permettait de faire obstacle au créancier refusant l'exécution de l'obligation, en la remplaçant par une mise en demeure dont les conséquences sont détaillées, ou encore d'assouplir les formalités nécessaires à l'opposabilité de la cession de créance. L'ordonnance introduit enfin des solutions innovantes, qui permettront aux parties de mettre fin à une incertitude pesant sur le contrat, telles que les actions interrogatoires relatives à l'existence d'un pacte de préférence, à l'étendue des pouvoirs du représentant conventionnel ou encore à la volonté du cocontractant de se prévaloir de la nullité du contrat.

Dans une perspective d'efficacité économique du droit, l'ordonnance offre également aux contractants de nouvelles prérogatives leur permettant de prévenir le contentieux ou de le résoudre sans nécessairement recourir au juge (faculté de résolution unilatérale par voie de notification, exception d'inexécution, faculté d'accepter une prestation imparfaite contre une réduction du prix). Est ainsi créé un cadre juridique clair, efficace et adapté aux enjeux d'une économie mondialisée et en perpétuelle évolution. Cette partie du code civil ne sera plus « le symbole du temps arrêté » (selon l'expression de Jean Carbonnier « Le Code civil », dans P. Nora (dir.), Les lieux de mémoire, t. 2.2) et sa refondation répondra aussi à une forte attente en dehors de nos frontières.

Renforcer l'attractivité de notre droit n'implique pas pour autant de renoncer à des solutions équilibrées, protectrices des parties, mais aussi efficaces et adaptées aux évolutions de l'économie de marché. Ainsi, conformément aux 1° et 2° de l'article 8 de la loi d'habilitation, l'ordonnance propose des solutions propres à assurer un équilibre des droits et devoirs entre les parties. Sont ainsi consacrés à titre autonome dans un chapitre intitulé « Dispositions liminaires », destinés à servir de cadre de référence au droit commun des contrats, les principes de liberté contractuelle, de force obligatoire du contrat et de bonne foi. L'ordonnance propose également de sanctionner l'abus de dépendance assimilé à la violence et les clauses abusives dans les contrats d'adhésion, afin de préserver les intérêts de la partie la plus faible. Ce mouvement vers un droit commun des contrats français plus juste le rapprocherait des autres droits et projets d'harmonisation européens, qui proposent des dispositions similaires. On peut enfin rappeler que cet objectif de justice contractuelle ne peut être atteint que si le droit applicable est lisible et accessible, et donc susceptible d'être compris sans l'assistance d'un spécialiste. La sécurité juridique est ainsi à la fois l'un des objectifs de l'ordonnance et le moyen d'atteindre les autres buts, dont celui de la justice contractuelle.

Présentation générale

Conformément aux termes de l'habilitation, la présente ordonnance modifie en profondeur la structure des titres III, IV, et V du livre III du code civil, relatifs aux contrats et obligations conventionnelles et aux engagements formés sans convention.

L'intitulé, le plan, et le contenu de ces titres sont entièrement restructurés afin de répondre notamment aux exigences des 10° et 12° de l'article 8 de la loi d'habilitation, tendant à l'introduction d'un régime général des obligations d'une part, et à la clarification et la simplification des règles applicables à la preuve des obligations d'autre part.

Le titre III s'intitule désormais « Des sources d'obligations », le titre IV « Du régime général des obligations », et le titre IV bis « De la preuve des obligations ».

Il en résulte une restructuration complète des titres concernés qui permet l'instauration d'un régime général des obligations et de règles probatoires dédiées, autonomes au regard de la source de l'obligation, qui n'est pas nécessairement contractuelle. Cette présentation didactique à forte visée pratique clarifie les règles applicables aux obligations, dont la jurisprudence avait étendu le champ d'application au-delà des obligations nées d'un contrat, jusqu'alors seules visées par les textes, puisque les dispositions relatives à leur régime et leur preuve sont intégrées au titre III du code civil actuel intitulé « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général ».

Présentation des articles

L'ordonnance comprend quatre titres et dix articles. Le titre Ier traite du fond de la matière conformément à l'article 8 précité de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015, et les titres II, III, et IV regroupent des dispositions de coordination, d'application outre-mer et transitoires.

► Titre Ier : DISPOSITIONS RELATIVES AU LIVRE III DU CODE CIVIL

Le titre Ier modifie les dispositions relatives au livre III du code civil. Il est composé de quatre articles.

L'article 1er modifie l'intitulé des titres, ainsi que la répartition des articles les composant, du livre III du code civil.

L'article 2 est relatif aux sources des obligations et répond aux 1° à 9° ainsi qu'à une partie du 11° de l'article 8 de la loi d'habilitation. Il concerne les articles 1100 à 1303-4 du code civil.

L'article 3 a trait au régime général des obligations et met en œuvre les 10° et 11° de l'article 8 de la loi d'habilitation. Il se rapporte aux articles 1304 à 1352-9 du code civil.

L'article 4 est relatif aux règles applicables à la preuve des obligations et répond au 12° de l'article 8 de la loi d'habilitation. Il concerne les articles 1353 à 1386-1 du code civil.

I. - L'article 1er modifie substantiellement le plan du livre III du code civil en en modifiant les titres III, IV, et IV bis. Les titres Ier et II ne sont en revanche pas modifiés.

Le titre III est ainsi remplacé par un nouveau titre III intitulé « Des sources d'obligations », comportant les articles 1100 à 1303-4 du code civil.

Le titre IV est remplacé par un nouveau titre IV intitulé « Du régime général des obligations », comportant les articles 1304 à 1352-9 du code civil.

Le titre IV bis est remplacé par un nouveau titre IV bis intitulé « De la preuve des obligations », comportant les articles 1353 à 1386-1 du code civil.

II. - L'article 2 traite du titre III relatif aux sources des obligations. Il se divise désormais en trois sous-titres qui correspondent chacun aux différentes sources d'obligations. Le sous-titre Ier est ainsi consacré au contrat, le sous-titre II à la responsabilité extracontractuelle, et le sous-titre III aux autres sources d'obligations.

L'adoption d'un tel plan, qui traduit formellement les prescriptions des 10° et 12° de la loi d'habilitation permet de distinguer clairement les règles qui relèvent des obligations en général, de celles qui relèvent des contrats en particulier.

Les sous-titres sont précédés de trois articles préliminaires, les articles 1100 à 1100-2, dressant la liste des différentes sources d'obligations, y compris la loi. Ces textes répondent à une demande récurrente exprimée dans le cadre de la consultation publique. Ils permettent notamment de consacrer la distinction traditionnelle entre les actes juridiques et les faits juridiques.

L'article 1100 précise en son premier alinéa que les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques, ou de l'autorité de la seule loi. Son deuxième alinéa consacre quant à lui la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la transformation de l'obligation naturelle (définie comme « un devoir de conscience envers autrui ») en obligation civile, lorsque le débiteur d'une obligation naturelle prend l'engagement d'exécuter ou commence à exécuter cette obligation.

L'article 1100-1 définit en son premier alinéa la notion d'acte juridique. Ce texte, en précisant que l'acte juridique peut être conventionnel ou unilatéral, inclut l'engagement unilatéral de volonté, catégorie d'acte unilatéral créant, par la seule volonté de son auteur, une obligation à la charge de celui-ci. En outre, le second alinéa rappelle que la validité et les effets des actes juridiques, unilatéraux comme conventionnels, relèvent, « en tant que de raison », des règles gouvernant les contrats (c'est-à-dire dans la mesure où ces règles ont du sens pour ces catégories d'actes).

L'article 1100-2 définit les faits juridiques et précise en son second alinéa que leurs régimes juridiques sont prévus par les sous-titres relatifs à la responsabilité extracontractuelle et aux autres sources d'obligations. Ces notions d'actes et de faits juridiques sont bien connues en doctrine et en jurisprudence, et sont très usitées par les praticiens du droit, même s'il peut exister des controverses quant à leurs définitions et contours exacts, pour qualifier un comportement et lui appliquer le régime juridique adéquat. L'instauration de ces articles préliminaires consacre ainsi des notions fondamentales en droit des obligations, et permet d'annoncer de façon pédagogique la structure du titre III.

► Sous-titre Ier Le contrat

Le sous-titre Ier intitulé « Le contrat » se subdivise en quatre chapitres, relatifs aux dispositions liminaires (chapitre Ier), à la formation du contrat (chapitre II), à son interprétation (chapitre III), et à ses effets (chapitre IV). Le plan adopté se veut donc clair, simple, et chronologique, pour garantir une accessibilité et une compréhension plus aisée que dans le code civil actuel, dont les règles relatives au contrat sont dispersées dans cinq chapitres. A l'instar des PDEC et des principes Unidroit, ce plan chronologique, qui reflète l'entière vie juridique du contrat, de sa formation à sa fin, facilite également la compréhension et l'application des règles énoncées.

► Chapitre Ier : Dispositions liminaires

Le chapitre Ier, intitulé « Dispositions liminaires », est composé des articles 1101 à 1111-1 du code civil, soit douze articles.

Le choix du titre de ce chapitre au regard de son contenu, notamment en ce qu'il pose les principes de la liberté contractuelle, de la force obligatoire du contrat et de la bonne foi tant lors de la négociation que de l'exécution du contrat, résulte d'importantes réflexions.

Contrairement à certains projets européens, l'ordonnance n'a pas opté pour un chapitre préliminaire consacré aux « principes directeurs » du droit des contrats. Le choix a été fait de s'inspirer du titre de l'actuel chapitre Ier du titre III du code civil, intitulé « Dispositions préliminaires », afin de signifier que les règles générales ainsi posées, conformément au 1° de l'article 8 de la loi d'habilitation, bien que destinées à donner des lignes directrices au droit des contrats, ne constituent pas pour autant des règles de niveau supérieur à celles qui suivent et sur lesquelles les juges pourraient se fonder pour justifier un interventionnisme accru : il s'agit bien plutôt de principes destinés à faciliter l'interprétation de l'ensemble des règles applicables au contrat, et au besoin à en combler les lacunes. L'adjectif « liminaire » a toutefois été préféré, compte tenu de l'importance des dispositions situées dans ce chapitre. Par ailleurs, le titre de ce chapitre correspond parfaitement à son contenu, qui dépasse les seuls grands principes du droit des contrats pour proposer des définitions du contrat en général et de différents types de contrats.

L'article 1101 propose tout d'abord une définition modernisée du contrat, inspirée de l'actuel article 1101 : abandonnant la référence aux notions classiques mais discutées d'obligations de donner, de faire ou de ne pas faire (ces catégories étant essentiellement descriptives), l'ordonnance recentre la définition sur la nature du contrat en qualité d'accord de volontés, et sur ses effets résidant en la création mais également la modification, la transmission ou l'extinction d'obligations (contrairement à la convention, notion plus large incluant tout accord de volontés destiné simplement à produire des effets de droit).

Les articles 1102, 1103 et 1104 énoncent ensuite les principes de liberté contractuelle, de force obligatoire du contrat et de bonne foi. Ce choix de mettre en exergue trois principes fondamentaux exprime l'un des objectifs essentiels poursuivis par l'ordonnance : il s'agit de trouver un équilibre entre justice contractuelle et autonomie de la volonté.

Si ces principes étaient déjà exprimés de façon diffuse dans le code civil, ils n'avaient jusqu'alors pas été mis en avant au titre de dispositions préliminaires pour le principe de bonne foi et le principe de force obligatoire, ni même exprimé explicitement s'agissant du principe de liberté contractuelle.

L'article 1102 est consacré à la liberté contractuelle, principe dont le Conseil constitutionnel a d'ailleurs récemment consacré la valeur constitutionnelle (Cons. const., 13 juin 2013, 2013-672 DC). Il s'inspire de l'article 6 du code civil, sans toutefois maintenir l'interdiction de déroger aux bonnes mœurs. Cette notion apparaît en effet désuète au regard de l'évolution de la société, et la jurisprudence l'a progressivement abandonnée au profit de la notion d'ordre public dont elle n'a eu de cesse de développer le contenu.

L'article 1103 reprend, pour énoncer le principe de la force obligatoire du contrat, les termes de l'actuel premier alinéa de l'article 1134 du code civil, dont la comparaison avec l'autorité de la loi a force symbolique. Seul le terme « convention » est remplacé par celui de « contrat », conformément au choix opéré à l'article 1101.

L'article 1104 étend l'exigence de bonne foi à la phase de négociation et de formation du contrat, désormais régie par les articles 1112 et suivants, et non plus seulement à la phase d'exécution comme le fait l'actuel troisième alinéa de l'article 1134, solution déjà consacrée en jurisprudence. L'ordonnance soumet à ce devoir tant la négociation du contrat que la formation entendue au sens strict comme la phase de rencontre des volontés. La présente ordonnance étant supplétive de volonté sauf disposition contraire, le deuxième alinéa précise que le devoir de bonne foi est une disposition d'ordre public.

L'article 1105 définit quant à lui les contrats nommés et innommés et reprend dans ses deux premiers alinéas l'actuel article 1107. Le troisième alinéa introduit en revanche une nouveauté importante et attendue des praticiens, puisqu'il rappelle que les règles générales s'appliquent sous réserve des règles spéciales. Ainsi, les règles générales posées par l'ordonnance seront notamment écartées lorsqu'il sera impossible de les appliquer simultanément avec certaines règles prévues par le code civil pour régir les contrats spéciaux, ou celles résultant d'autres codes tels que le code de commerce ou le code de la consommation.

Les derniers articles de ces dispositions liminaires proposent des définitions, en s'inspirant pour certaines de l'actuel code civil, et en ajoutant des définitions de types de contrats nés de la pratique, tels que le contrat cadre ou le contrat d'adhésion.

L'ordonnance définit ainsi les contrats synallagmatiques et unilatéraux (article 1106), les contrats à titre

onéreux et à titre gratuit (article 1107), les contrats commutatifs et aléatoires (article 1108), les contrats consensuels, solennels, et réels (article 1109), les contrats de gré à gré et d'adhésion (article 1110), les contrats cadres (article 1111), et les contrats à exécution instantanée et à exécution successive (article 1111-1).

En revanche, dans la tradition du code civil, l'ordonnance n'affirme pas expressément dans un article spécifique le caractère supplétif de ses dispositions. En effet, leur caractère supplétif s'infère directement de l'article 6 du code civil et des nouveaux articles 1102 et 1103, sauf mention contraire explicite de la nature impérative du texte concerné. Il n'y a donc pas lieu de préciser pour chaque article son caractère supplétif, qui constitue le principe, le caractère impératif étant l'exception. La subsistance dans certains articles de la mention « sauf clause contraire » n'autorise par conséquent aucune interprétation a contrario et ne remet nullement en cause le principe général du caractère supplétif des textes : ce rappel résulte seulement d'un pur souci didactique prenant en compte les souhaits exprimés par les professionnels au sujet de certains textes particuliers (en particulier sur le régime des obligations).

► Chapitre II : La formation du contrat

Le chapitre II relatif à « la formation du contrat » aborde successivement la conclusion du contrat, sa validité, sa forme et enfin les sanctions.

► Section 1 : La conclusion du contrat

Le code civil se distingue par l'absence de toute disposition légale sur le processus de conclusion du contrat, à quelques exceptions près. Ainsi les négociations précontractuelles, l'offre et l'acceptation ou encore les contrats préparatoires ou avant-contrats, ne relèvent d'aucun texte. Le droit commun applicable à la conclusion du contrat est entièrement prétorien.

La présente ordonnance vise ainsi à renforcer la sécurité juridique, en mettant fin aux incertitudes de la jurisprudence sur des questions particulièrement importantes en pratique. Ces modifications répondent aux attentes des milieux économiques, et permettent d'améliorer la connaissance du droit positif français, notamment à l'étranger.

Dans un souci de logique, est abordée dans un premier temps la question des négociations (sous-section 1), en principe préalables à l'offre ferme et définitive de contracter, avant d'étudier la formation du contrat à strictement parler, qui survient en principe par la rencontre d'une offre et d'une acceptation (sous-section 2). Sont ensuite traités les deux avant-contrats les plus fréquents que sont le pacte de préférence et la promesse unilatérale (sous-section 3), avant que ne soient exposées les règles particulières applicables aux contrats conclus par voie électronique (sous-section 4).

► Sous-section 1 : Les négociations

Le code civil est totalement muet sur la question des négociations précontractuelles. Par voie de conséquence, de nombreuses règles ont été élaborées par la jurisprudence.

Cette sous-section vise en premier lieu à fixer les principes régissant la phase précontractuelle, en codifiant les solutions jurisprudentielles établies : principe de liberté des négociations précontractuelles jusqu'à leur rupture, fondé sur le principe de liberté contractuelle ; principe de bonne foi devant gouverner ces négociations précontractuelles (et rappel de son caractère d'ordre public) ; sanction de la faute commise dans l'initiative, le déroulement ou la rupture des négociations par l'engagement de la responsabilité de son auteur (article 1112). Cette responsabilité sera en principe de nature extracontractuelle, sauf aménagement conventionnel de cette phase de négociation et de sa rupture. Au regard des divergences entre les juges du fond, il est apparu préférable dans un souci de sécurité juridique, de préciser dans la loi l'étendue du préjudice réparable : est donc consacrée la jurisprudence de la Cour de cassation excluant du préjudice réparable les avantages que permettait d'espérer la conclusion du contrat, y compris la perte de chance de réaliser les gains attendus du contrat (article 1112 alinéa 2). Une telle solution se justifie pleinement : sur le plan de la causalité tout d'abord, la rupture des pourparlers est un acte juridique générateur d'un certain nombre de dommages mais pas nécessairement de la non conclusion du contrat puisque la faute sanctionnée est la faute dans l'exercice du droit de rupture et non la rupture en elle-même ; en application du principe de liberté contractuelle, ensuite, qui a pour corollaire la liberté de ne pas contracter ; enfin, indemniser le profit escompté de la conclusion du contrat, même sous la forme atténuée d'une perte de chance, conduirait à donner indirectement effet à un contrat qui n'a pas été conclu.

Est ensuite introduite l'existence d'un devoir général d'information (article 1112-1), d'ordre public. Une telle obligation précontractuelle d'information étant déjà largement admise en jurisprudence et diverses obligations d'information spécifiques figurant dans des lois spéciales (notamment en droit de la consommation), il est apparu opportun de consacrer dans le code civil de manière autonome, indépendamment du devoir de bonne foi, ce principe essentiel à l'équilibre des relations contractuelles, et d'en fixer un cadre général. Une telle obligation générale est d'ailleurs prévue dans plusieurs projets doctrinaux européens de réforme du droit des contrats. Afin de ne pas susciter une insécurité juridique et de répondre aux inquiétudes des entreprises, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation (alinéa 2). Il est en outre subordonné à plusieurs conditions : l'importance déterminante de l'information pour le consentement de l'autre partie (la notion d'information déterminante étant définie à l'alinéa 3) ; la connaissance de l'information par le créancier ; l'ignorance de l'information par l'autre partie, cette

ignorance devant être légitime et pouvant tenir aux relations de confiance entre les cocontractants (ainsi le devoir de s'informer fixe-t-il la limite de l'obligation précontractuelle d'information). La règle de preuve posée au quatrième alinéa correspond à la solution dégagée en jurisprudence, les praticiens souhaitant consacrer explicitement dans la loi ce rappel du droit commun de la preuve. Le cinquième alinéa précise que le devoir d'information est une règle d'ordre public.

Le dernier alinéa précise que le manquement à ce devoir est sanctionné par l'engagement de la responsabilité de celui qui en était tenu, et qu'il peut également entraîner la nullité du contrat s'il a provoqué un vice du consentement - erreur ou dol. En effet, un tel manquement pourra dans certaines hypothèses ne pas provoquer de vice du consentement, par exemple dans celle où le contrat ne serait finalement pas conclu : une partie qui aurait négocié pendant des mois avec une autre, et découvrirait tardivement et fortuitement une information déterminante que celle-ci aurait dû lui fournir, pourrait refuser de conclure le contrat, et réclamer la réparation du préjudice subi du fait du manquement au devoir d'information (ex : frais de négociation inutiles, perte de chance de conclure un contrat avec une autre partie, etc.).

Cet alinéa permet de faire le lien avec les vices du consentement, et en particulier la réticence dolosive consacrée à l'article 1137 du texte. L'exigence que l'information retenue ait été d'une importance déterminante pour le consentement de l'autre partie, rapproche les conditions du devoir précontractuel d'information de celles du dol par réticence, mais s'en distingue par un élément essentiel : ainsi, ce n'est que si la violation de l'obligation d'information a été faite intentionnellement pour tromper l'autre contractant, qu'elle sera constitutive d'un dol entraînant la nullité du contrat, comme le prévoit l'article 1137 alinéa 2. En l'absence d'intention de tromper, le défaut d'information, qui peut ne résulter que d'une simple négligence, ne sera sanctionné que par l'octroi de dommages et intérêts. A l'inverse, le texte fait le choix de ne pas subordonner la réticence dolosive à l'existence d'un devoir d'information, conformément à une conception plus solidaire du contrat qui met l'accent sur la sanction de l'intention de tromper (l'erreur provoquée étant toujours excusable).

Il est enfin apparu important, dans le cadre d'un droit commun des contrats rénové, de poser une obligation de confidentialité pesant sur les parties négociatrices (article 1112-2), en s'inspirant des projets d'harmonisation européens. La jurisprudence l'admet d'ailleurs dans certaines circonstances, et une clarification textuelle était sollicitée des praticiens (notamment afin de viser la divulgation, c'est-à-dire l'hypothèse où l'information est en réalité utilisée par un tiers à qui le négociateur a transmis l'information).

► Sous-section 2 : L'offre et l'acceptation

En l'absence de disposition légale sur le processus de conclusion du contrat, et plus particulièrement sur la rencontre de l'offre et l'acceptation, les règles appliquées en droit commun des contrats sont de source jurisprudentielle. Or ces solutions sont parfois incertaines, en particulier sur le moment de la rencontre de l'offre et de l'acceptation valant formation du contrat, alors qu'elles sont pourtant tout à fait importantes en pratique.

La présente ordonnance propose un énoncé cohérent des solutions jurisprudentielles consacrées au fil du temps en matière de formation des contrats. Après un article définissant la formation du contrat par la rencontre d'une offre et d'une acceptation (article 1113), sont successivement abordées l'offre puis l'acceptation. Les articles 1114 à 1117 concernent l'offre : sa définition et ses conditions, que sont la volonté ferme d'être lié et la précision des éléments essentiels du contrat (article 1114) ; la libre rétractation de l'offre tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire (article 1115) ; l'obligation de maintien de l'offre pendant le délai fixé par son auteur ou à défaut pendant un délai raisonnable (article 1116 alinéa 1er) ; la sanction d'une rétractation de l'offre pendant ce délai par l'engagement de la responsabilité de son auteur, à l'exclusion de la conclusion forcée du contrat (article 1116 alinéas 2 et 3). Cette disposition est discutée en doctrine, mais propose une solution claire qui mettra fin aux ambiguïtés de la jurisprudence, et qui résulte de la volonté de favoriser la souplesse et la liberté contractuelle dans la formation du contrat. En revanche, l'ordonnance prévoit une solution différente pour sanctionner la rupture de la promesse unilatérale (article 1124) : lorsque les volontés se sont rencontrées par la signature de la promesse, la force de l'engagement doit prévaloir. Les dispositions suivantes concernent l'acceptation : définition de l'acceptation et principe de sa libre rétractation tant qu'elle n'est pas parvenue à l'offrant (article 1118) ; rappel du principe selon lequel le silence ne vaut pas acceptation, et de ses exceptions (article 1120).

Le texte ne se limite toutefois pas à une codification à droit constant.

Ainsi, il est désormais affirmé que l'offre est caduque en cas d'incapacité ou de décès de son auteur avant son acceptation, et ce en toute hypothèse, peu important notamment l'existence d'un délai (article 1117) : cette question était discutée en doctrine et n'était pas réglée clairement en jurisprudence. Il est apparu qu'une solution contraire serait de nature à soulever des difficultés dans les contrats conclus en considération de la personne du contractant, à engendrer des problèmes d'application complexes en considération de la législation sur les incapables et les successions, et à créer des contentieux.

Surtout, le moment auquel le contrat se forme est clairement fixé, ce qui permettra de mettre fin à une jurisprudence fluctuante (article 1121) : le texte fait le choix du moment où l'acceptation parvient à l'offrant, conformément à la théorie dite de la réception, et non de celui où l'acceptation est émise par le destinataire de l'offre, ni davantage de celui où l'offrant prend effectivement connaissance de l'acceptation, dont la preuve est plus difficile à rapporter. Cette solution apporte une plus grande sécurité juridique sur la date de formation du contrat. Elle est conforme à celle retenue dans différents projets d'harmonisation européens.

Compte tenu de leur importance pratique, un texte sur les conditions générales (article 1119) reprend en substance la jurisprudence existante, sur la nécessaire acceptation de ces conditions générales (alinéa 1), sur le conflit entre les conditions générales incompatibles élaborées par chacune des parties, résolu par leur neutralisation - puisqu'il ne peut y avoir rencontre des consentements dans cette hypothèse (alinéa 2), et sur la discordance entre conditions générales et conditions spéciales, réglée par la primauté de ces dernières (alinéa 3).

La présente ordonnance rappelle enfin l'existence possible d'un délai de réflexion ou de rétractation prévu par la loi ou par le contrat, et en donne une définition (article 1122). Si ces délais concernent quasi exclusivement des conventions déterminées par des lois spéciales, essentiellement en droit de la consommation, il est apparu important de rappeler dans le code civil l'incidence sur les règles de droit commun de tels délais prévus par des droits spéciaux, dans un souci de complète intelligibilité de notre droit.

► Sous-section 3 : Le pacte de préférence et la promesse unilatérale

Le code civil ne comporte que très peu d'articles consacrés aux contrats préparatoires, pourtant très fréquents en pratique. Pour mettre fin aux inconvénients résultant des fluctuations jurisprudentielles sur certaines questions majeures, comme les conséquences de la révocation d'une promesse, sont introduites des dispositions codifiées sur les pactes de préférence et les promesses unilatérales. L'article 1123 définit le pacte de préférence (alinéa 1) puis expose les sanctions de sa violation : il distingue selon que le tiers est de bonne ou de mauvaise foi, et consacre la jurisprudence sur l'option entre nullité du contrat et substitution au tiers de mauvaise foi - outre l'octroi de dommages et intérêts - lorsqu'est violé un pacte de préférence avec un tiers qui en connaissait l'existence et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir (alinéa 2), ce qui est de nature à assurer la pleine efficacité de ce type de convention. Il est enfin proposé d'ajouter une disposition destinée à permettre au tiers de faire cesser une situation d'incertitude, en lui offrant la possibilité de mettre en demeure le bénéficiaire d'avoir à confirmer ou non l'existence d'un pacte de préférence et son intention de s'en prévaloir (alinéas 3 et 4) : cette action « interrogatoire » a ainsi vocation à mettre fin aux situations juridiques ambiguës. L'article 1124, après avoir donné une définition de la promesse unilatérale (alinéa 1), prévoit la sanction de la révocation de cette promesse, avant la levée de l'option, par l'exécution forcée du contrat (alinéa 2). Cette solution met fin à une jurisprudence très critiquée : la Cour de cassation refuse en effet la réalisation forcée du contrat lorsque la levée de l'option par le bénéficiaire intervient postérieurement à la rétractation du promettant, et limite la sanction à l'octroi de dommages et intérêts. La nouvelle solution adoptée, conforme aux projets européens d'harmonisation, tend à renforcer la sécurité et l'efficacité de la promesse unilatérale. L'ordonnance propose donc un ensemble cohérent en prévoyant une gradation des sanctions en fonction de l'intensité de l'engagement : révocation de l'offre sanctionnée par l'allocation de dommages et intérêts excluant la perte des bénéfices attendus du contrat non conclu, et révocation de la promesse unilatérale sanctionnée par la conclusion « forcée » du contrat. Le texte codifie par ailleurs la solution jurisprudentielle actuelle sur la nullité du contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence (alinéa 3).

► Sous-section 4 : Dispositions propres au contrat conclu par voie électronique

Le code civil dans sa rédaction actuelle contient des textes consacrés aux « contrats sous forme électronique » regroupés au sein d'un même chapitre aux articles 1369-1 à 1369-9, qui sont la transposition de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000. Ces textes sont rassemblés dans une unique sous-section, afin de tenir compte de la spécificité des modalités de conclusion des contrats conclus par voie électronique. Ils reprennent quasiment à l'identique les textes actuels du code civil, sous réserve de quelques modifications terminologiques et précisions, comme le rappel de l'obligation de proposer la langue française dans l'offre proposée par voie électronique (article 1127-1) qui résulte déjà de la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française.

► Section 2 : La validité du contrat

Le code civil exige actuellement comme conditions de validité du contrat, aux côtés du consentement et de la capacité, un objet certain et une cause licite. La cause, ignorée de la plupart des droits étrangers comme des différents instruments européens de codification, reste néanmoins mal définie et recouvre en réalité une multiplicité de sens, que la doctrine, se fondant sur une jurisprudence abondante et fluctuante, s'est attachée à théoriser. Ainsi, la cause « subjective », ou cause du contrat, renvoie aux motifs personnels qui ont déterminé le consentement, tandis que la cause « objective », ou cause de l'obligation, correspond au but immédiat et abstrait du contrat, lequel est toujours le même quel que soit le type de contrat. En outre, certains arrêts de la Cour de cassation ont appliqué une conception subjective de la cause de l'obligation, invitant à rechercher non plus des motifs abstraits, communs à tous les contrats du même type, mais le but concret voulu par les parties, et ce afin de rééquilibrer le contrat.

C'est pourquoi, face à la difficulté de donner à la notion de cause une définition précise, qui en engloberait tous les aspects, face aux critiques dont elle est l'objet tant de la part d'une partie de la doctrine que de la pratique, qui la perçoit comme un facteur d'insécurité juridique et un frein à l'attractivité de notre droit, il a été fait le choix de ne pas recourir à cette notion, pour la remplacer par des règles aux contours mieux définis, permettant au juge de parvenir aux mêmes effets, tout en évitant le contentieux abondant que suscite cette notion.

L'apport de la réforme sur ce point consiste donc dans la suppression de la référence à la cause, tout en consolidant dans la loi toutes les fonctions que la jurisprudence lui avait assignées. La section sur la validité du contrat demeure introduite par un article liminaire exposant les conditions nécessaires à sa validité : le

consentement des parties, la capacité de contracter, et désormais « un contenu licite et certain » (article 1128).

Les trois sous-sections abordent successivement ces trois conditions.

► Sous-section 1 : Le consentement

Le code civil traite actuellement du consentement au travers de plusieurs dispositions consacrées aux vices du consentement : l'erreur, le dol et la violence.

La présente ordonnance reprend donc pour l'essentiel le droit positif actuel, tel qu'il ressort du code civil mais également de son interprétation par la jurisprudence, afin d'assurer une meilleure lisibilité de notre droit.

► Paragraphe 1 : L'existence du consentement

Le paragraphe 1, relatif à l'existence du consentement, rappelle dans un article unique la condition de santé mentale nécessaire à l'existence du consentement (article 1129). L'absence de trouble mental est en effet une condition de formation du contrat, indépendamment de toute question relative à l'existence d'une mesure de protection.

► Paragraphe 2 : Les vices du consentement

Le paragraphe 2, relatif aux vices du consentement que sont l'erreur, le dol et la violence, s'ouvre par un article mettant en évidence une exigence qui leur est commune : le caractère déterminant du vice (article 1130). Il précise ensuite la sanction qui leur est commune, compte tenu du caractère privé des intérêts protégés : la nullité relative, conformément au droit positif (article 1131).

L'ordonnance transcrit les règles en vigueur relatives à l'erreur. Celle-ci doit porter sur les qualités substantielles de la prestation ou sur celles du cocontractant dans les contrats conclus en considération de la personne ; il peut s'agir d'une erreur de droit ou de fait, mais elle n'est sanctionnée que si elle est excusable (articles 1132 et 1134). L'erreur sur les motifs est indifférente, à moins que les parties n'en aient fait « expressément » un élément déterminant de leur consentement - réserve étant faite toutefois du cas des libéralités, pour lesquelles il est rappelé que l'erreur sur le motif est bien une cause de nullité, ce qui permet d'appréhender les situations qui étaient auparavant sanctionnées sur le fondement de l'absence de cause dans les contrats à titre gratuit (article 1135). L'erreur sur la valeur demeure indifférente (article 1136). Le texte tranche également plusieurs questions qui avaient pu être discutées en doctrine, mettant fin à certaines incertitudes : ainsi les qualités essentielles sur lesquelles porte l'erreur sont celles qui ont été convenues et en considération desquelles les parties ont contracté, ce qui correspond à une analyse objective permettant de circonscrire le champ de la nullité pour erreur (article 1133 alinéa 1). Par ailleurs, l'erreur peut porter sur sa propre prestation (article 1133 alinéa 2), et l'acceptation d'un aléa chasse l'erreur (article 1133 alinéa 3).

S'agissant du dol, le droit positif est pour l'essentiel repris : exigence d'un comportement intentionnel (article 1137 alinéa 1), prise en compte du dol émanant du représentant ou d'un tiers complice (article 1138), caractère toujours excusable de l'erreur provoquée par un dol, et admission de l'erreur sur la valeur ou sur un simple motif lorsqu'elle est provoquée par un dol (article 1139). La réticence dolosive est consacrée (article 1137 alinéa 2), sans toutefois la subordonner à l'existence d'une obligation d'information par ailleurs consacrée à l'article 1112-1, le texte mettant l'accent sur l'intention de tromper.

S'agissant de la violence, l'ordonnance reprend l'essentiel du droit positif en vigueur, quant à sa définition (article 1140), la menace de l'usage de voies de droit (article 1141) ou la violence émanant d'un tiers au contrat (article 1142). L'une des innovations essentielles du texte consiste à assimiler à la violence l'abus de la dépendance dans laquelle se trouve son cocontractant, ce que la jurisprudence de la Cour de cassation a admis dans des arrêts récents, et que la doctrine et les praticiens qualifient de « violence économique », même si le texte est en réalité plus large, et n'est pas circonscrit à la dépendance économique (article 1143). En effet toutes les hypothèses de dépendance sont visées, ce qui permet une protection des personnes vulnérables et non pas seulement des entreprises dans leurs rapports entre elles. Afin de répondre aux craintes des entreprises et d'objectiver l'appréciation de cet abus, a été introduit, pour apprécier ce vice, un critère tenant à l'avantage manifestement excessif que doit en avoir tiré le cocontractant, ce qui permet d'encadrer l'application de ce texte.

Enfin, les règles relatives au point de départ de la prescription sont conformes aux règles actuelles (article 1144).

► Sous-section 2 : La capacité et la représentation

► Paragraphe 1 : La capacité

Le paragraphe 1, consacré à la capacité, reprend les textes du titre du code civil relatif aux contrats qui ont trait à la capacité et à l'action en rescision pour lésion, en les regroupant dans une même sous-section, sous réserve de quelques simplifications de rédaction afin de les rendre plus lisibles. Ces dispositions ont été maintenues au sein du titre consacré au droit des obligations, dès lors que la capacité est une condition de validité des conventions, même si la question de la capacité demeure plus précisément traitée dans le livre 1er relatif au droit des personnes, qui n'est pas concerné par la présente réforme.

L'article 1145, qui rappelle le principe de capacité des personnes physiques (alinéa 1), a été complété par un nouveau texte sur la capacité des personnes morales (alinéa 2), afin de répondre aux demandes des milieux économiques. Les articles suivants reprennent l'essentiel du contenu des textes du code civil sur la capacité et sur l'action en rescision pour lésion : incapacité d'exercice des mineurs non émancipés et des majeurs protégés, dans la mesure définie par la loi (article 1146) ; sanction de cette incapacité par la nullité relative du contrat (article 1147) sauf pour les actes courants (article 1148). L'article 1149 reprend les règles de droit positif spécifiques au mineur : nullité des actes courants s'ils sont lésionnaires ; indifférence de la déclaration de majorité faite par le mineur ; maintien des engagements pris par le mineur dans l'exercice de sa profession. L'article 1150 renvoie quant à lui pour les majeurs protégés aux textes spécifiques du livre premier. L'article 1151 rappelle qu'il peut être fait obstacle à l'action en nullité si l'acte est utile et non lésionnaire ou s'il a tourné au profit de la personne protégée, et en cas de confirmation de l'acte par le cocontractant devenu ou redevenu capable. L'article 1152 reprend les règles de droit positif sur le point de départ de la prescription.

L'actuel article 1314, qui fait application du principe selon lequel est valable un acte accompli par un mineur non émancipé ou un majeur protégé conformément aux prescriptions légales, est apparu inutile et a été supprimé.

Les règles de l'actuel article 1125-1 du code civil, frappant d'une incapacité spéciale ceux qui exercent une fonction dans un établissement hébergeant des personnes dépendantes ou dispensant des soins psychiatriques, sont déplacées dans le code de l'action sociale et des familles et dans le code de la santé publique, leur portée étant étendue par rapport au texte actuel, outre le conjoint, au partenaire d'un pacte civil de solidarité et au concubin.

► Paragraphe 2 : La représentation

Le paragraphe 2 insère dans le code civil des dispositions relatives à la représentation, qui s'inspirent des principes européens d'harmonisation du droit, et permettent de définir un régime général de la représentation, quelle que soit sa source (conventionnelle, légale ou judiciaire). En effet, le code civil ne comporte actuellement que des dispositions éparpillées sur les diverses formes de la représentation (et en particulier le mandat, aux articles 1984 et suivants), sans en définir le cadre général.

Ainsi, l'article 1153 précise d'emblée que le représentant tire ses pouvoirs de la loi, du juge ou de la convention, et qu'il n'est fondé à agir que dans la limite des pouvoirs qui lui sont conférés. L'article 1154 reprend la distinction classique entre la représentation dite parfaite lorsque le représentant agit au nom et pour le compte du représenté, et la représentation dite imparfaite, lorsque le représentant agit pour le compte d'autrui mais contracte en son nom. L'article 1155 distingue les actes que le représentant peut accomplir selon que le pouvoir est général ou spécial. Ainsi, lorsque le pouvoir est défini en termes spéciaux, le représentant ne peut accomplir que les actes pour lesquels il est habilité, mais aussi ceux dont dépend la réalisation de ces actes. L'article 1156 vient ensuite clarifier les sanctions du dépassement de pouvoir, encore incertaines en jurisprudence. La première sanction retenue n'est pas la nullité de l'acte accompli mais son inopposabilité à l'égard du représenté (alinéa 1), afin d'éviter que le représentant puisse se dégager de ses obligations alors que seul le pseudo représenté doit avoir la possibilité de contester la portée de l'acte conclu ou de le ratifier. Dans un souci de sécurité juridique, ce texte prévoit toutefois une exception à cette sanction, en consacrant la théorie de l'apparence développée par la jurisprudence : si, en principe, le représenté n'est pas obligé envers les tiers pour ce que le mandataire a fait au-delà du pouvoir qui lui a été donné, il en est autrement lorsqu'il résulte des circonstances que le tiers a pu légitimement croire que le représentant agissait en vertu d'un pouvoir et dans les limites de ce pouvoir. L'article 1156 prévoit une seconde sanction en cas de dépassement de pouvoir : le tiers contractant peut, quant à lui, agir en nullité lorsqu'il ne savait pas que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir (alinéa 2). Ces sanctions ne sont applicables qu'en l'absence de ratification du représenté (alinéa 3). L'article 1157 vient ensuite préciser la sanction du détournement de pouvoir, c'est-à-dire lorsque le représentant agit bien dans la limite de ses pouvoirs mais qu'il utilise ceux-ci dans un autre but que celui convenu ou prévu par la loi. Le texte opte pour la nullité en faveur du représenté, à condition que le tiers soit de mauvaise foi (s'il a eu connaissance ou n'a pu ignorer le détournement). Par ailleurs, à l'instar des projets d'harmonisation européens et de certaines législations étrangères, l'article 1158 introduit une action interrogatoire en faveur du tiers, afin de purger les doutes qu'il peut avoir sur l'étendue des pouvoirs du représentant, ce qui vise à assurer une plus grande sécurité juridique. L'article 1159 traite des effets de la représentation sur le représenté, en distinguant la représentation légale ou judiciaire, de la représentation conventionnelle. L'article 1160 évoque l'incapacité ou l'interdiction pouvant frapper le représentant. L'article 1161 clarifie enfin les règles applicables en cas de conflit d'intérêts entre le représentant et le représenté ou le tiers, conformément à ce qui est admis dans les projets européens.

► Sous-section 3 : Le contenu du contrat

Le contenu du contrat, terme adopté par plusieurs instruments européens d'harmonisation du droit, inclut ce qui relève en droit français de l'objet et de la cause. La présente sous-section reprend donc, en les modernisant et en les adaptant à l'évolution de la vie économique, les dispositions qui relèvent dans le code civil de l'objet du contrat, et codifie certaines solutions jurisprudentielles qui avaient été - plus ou moins artificiellement - rattachées à la notion de cause. Les contours de la notion de contenu se trouvent précisément délimités par l'ensemble des règles énoncées dans cette sous-section, de même que la portée des deux autres conditions de validité (consentement et capacité) ne se comprend que par les dispositions de chacune des sous-sections qui y sont attachées.

En premier lieu, la nécessaire conformité du contrat à l'ordre public est réaffirmée et précisée.

L'interdiction de déroger à l'ordre public s'applique tant aux stipulations elles-mêmes - ce qui était anciennement appréhendé sous l'angle de la licéité de l'objet - qu'au but - anciennement appréhendé sous l'angle de la licéité de la cause subjective. Par ailleurs est reprise la solution jurisprudentielle selon laquelle le contrat est nul lorsque l'une des parties poursuit un but illicite, même si l'autre partie n'avait pas connaissance de ce but (article 1162).

Il est ensuite rappelé, conformément au droit positif, que l'objet de l'obligation peut être présent ou futur, et qu'il doit être possible, déterminé ou déterminable, conformément aux principes actuels du code civil (article 1163).

Les dispositions suivantes s'intéressent plus particulièrement au prix. Pour tenir compte de l'évolution de la pratique et de la jurisprudence développée depuis quatre arrêts d'assemblée plénière du 1er décembre 1995 (n° 91-15578, n° 91-15999, n° 91-19653 et n° 93-13688) sur la fixation du prix, il est précisé que dans les contrats cadre, le prix peut être fixé unilatéralement par un des contractants, si les parties en ont convenu, conformément à ce que permettent la plupart des Etats européens, à charge de le motiver (c'est-à-dire exposer comment le prix a été calculé, au regard des prévisions des parties) en cas de contestation. Compte tenu du danger qu'il y aurait à autoriser une fixation unilatérale du prix dans tous les contrats, le champ de ce texte a été limité aux contrats cadre (contrats de longue durée qui fixent un cadre général aux relations entre les parties), dans lesquels ce mécanisme est particulièrement important. Il est néanmoins prévu la possibilité pour le cocontractant de saisir le juge pour obtenir, en cas d'abus, des dommages et intérêts et/ou la résolution du contrat (article 1164), ce qui correspond à la jurisprudence actuelle.

Consacrant également une jurisprudence de la Cour de cassation, l'ordonnance autorise le créancier à fixer unilatéralement le prix dans les contrats de prestation de service, tels les contrats d'entreprise, lorsque les parties ne l'ont pas fixé avant l'exécution. De même, il est prévu que l'abus est sanctionné par des dommages et intérêts (article 1165).

L'ordonnance introduit ensuite une nouvelle disposition inspirée des projets européens d'harmonisation du droit : en cas d'indétermination de la qualité de la prestation, celle-ci doit correspondre à la qualité que le créancier pouvait raisonnablement espérer en fonction des circonstances (article 1166). L'article 1167 reprend par ailleurs la jurisprudence sur la faculté de substitution d'un nouvel indice à un indice disparu, et ce dans un souci légitime de sauvetage du contrat.

Les dispositions suivantes veillent à l'équilibre du contrat. Il est rappelé que l'équivalence des prestations n'est pas une condition de validité du contrat, sauf lois particulières admettant la lésion (article 1168). Toutefois les articles qui suivent apportent des correctifs de nature à garantir une justice contractuelle, malgré la suppression de la notion de cause.

Ainsi, l'ordonnance codifie la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation sur la nullité des contrats à titre onéreux lorsque, au moment de la formation du contrat, la contrepartie convenue est inexistante ou dérisoire, étant observé que le champ de cet article dépasse celui des contrats synallagmatiques et commutatifs, de sorte qu'y sont également soumis les contrats aléatoires et les contrats unilatéraux à titre onéreux (article 1169). L'article 1170 consacre également la célèbre jurisprudence dite Chronopost de 1996 (Com. 22 oct. 1996, n° 93-18632) relative aux clauses contredisant l'obligation essentielle du débiteur : le texte prohibe toute clause ayant pour effet de priver de sa substance une obligation essentielle du débiteur, et trouvera notamment à s'appliquer aux clauses limitatives de responsabilité. La codification de cette dernière solution, sur une question qui a donné lieu à de nombreux arrêts parfois inconciliables, permet de fixer clairement le droit positif sur le sort de ces clauses. Contrairement à ce qu'avaient pu retenir certaines décisions de la Cour de cassation, une clause limitative de responsabilité portant sur une obligation essentielle du débiteur ne sera pas nécessairement réputée non écrite : elle n'est prohibée que si elle contredit la portée de l'engagement souscrit, en vidant de sa substance cette obligation essentielle.

Enfin l'une des principales innovations de cette sous-section est l'introduction des clauses abusives définies comme les clauses créant un déséquilibre significatif entre les parties dans le code civil (article 1171), ce qui permet de renforcer la cohérence de l'ensemble du dispositif en matière de droit des contrats : en effet, entre professionnels et consommateurs, le code de la consommation répute non écrite les clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ; dans les contrats conclus entre professionnels, le code de commerce comporte depuis 2008 un dispositif visant à sanctionner, sur le terrain de la responsabilité, les clauses créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Afin de répondre aux inquiétudes des représentants du monde économique, craignant une atteinte à la sécurité des transactions entre partenaires commerciaux et à l'attractivité du droit français, le champ des clauses abusives est néanmoins circonscrit dans le présent texte aux contrats d'adhésion (dont les contours sont désormais délimités par la définition donnée à l'article 1110), terrain d'élection de ce type de clause. Cette disposition est d'ordre public, de telles clauses étant réputées non écrites. Les critères d'appréciation du déséquilibre sont déjà connus puisqu'ils sont inspirés de ceux fixés dans le code de la consommation et qu'ils résultent de la transposition de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 sur les clauses abusives ; l'alinéa 2 de l'article 1171 précise que cette appréciation ne peut porter ni sur l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation du prix à la prestation.

► Section 3 : La forme du contrat

Actuellement, le code civil ne contient aucune partie autonome consacrée à la forme du contrat. Les règles sur la forme figurent pour l'essentiel dans la partie relative à la preuve des obligations et, lorsqu'elles sont exigées à peine de validité, sont traitées à l'occasion de l'examen de chaque contrat. Afin de rendre le droit positif plus lisible, il est donc inséré une section nouvelle dédiée à la forme du contrat, découpée en deux sous-sections fixant des dispositions générales (Sous-section 1) puis les dispositions propres aux contrats conclus par voie électronique (Sous-section 2)

► Sous-section 1 : Dispositions générales

Au sein des dispositions générales qui font l'objet de la sous-section 1, un premier article consacre le principe du consensualisme (article 1172 alinéa 1), principe que l'on retrouve dans les différents outils d'harmonisation européens, mais qui n'est pas formulé expressément dans le code civil et ne ressort qu'à contrario des textes sur les conditions de validité du contrat, puis précise ses limites : les contrats solennels et les contrats réels (article 1172 alinéas 2 et 3). Dans un souci pédagogique, est également rappelée la différence entre les formalités exigées à peine de nullité et les formalités simplement requises aux fins de preuve ou d'opposabilité (article 1173).

► Sous-section 2 : Dispositions propres au contrat conclu par voie électronique

La sous-section 2 sur les dispositions propres aux contrats conclus par voie électronique, reprend à droit constant les articles 1108-1 et 1108-2 du code civil relatifs à la validité de l'écrit électronique (article 1174), sauf exceptions (article 1175), puis les articles 1369-10 et 1369-11 de ce même code qui concernent l'équivalence des formalités lors de la conclusion des contrats sous forme électronique, figurant actuellement dans les dispositions relatives à la preuve. Lorsque sont exigées des « conditions particulières de lisibilité ou de présentation », le support électronique doit répondre à des exigences équivalentes, et l'exigence d'un formulaire détachable est satisfaite dès lors qu'il est possible d'y accéder par un procédé électronique et de le renvoyer par cette même voie (article 1176). Enfin l'exigence d'un envoi d'un écrit en plusieurs exemplaires est réputée satisfaite par la possibilité que détient chaque partie de l'imprimer (article 1177).

► Section 4 : Les sanctions

Cette dernière section consacrée aux sanctions (nullité et caducité du contrat) clôt le chapitre consacré à la formation du contrat en complétant les dispositions actuelles relatives à la nullité des contrats. Quant à la notion de caducité, si elle n'est pas définie dans le code, elle existe néanmoins en droit positif et est utilisée par la jurisprudence. Toutefois en l'absence de texte, son régime reste incertain. L'ordonnance vise donc à codifier les solutions du droit positif en matière de nullité (sous-section 1) et de caducité (sous-section 2), afin d'améliorer la lisibilité de notre droit.

► Sous-section 1 : La nullité

S'agissant des nullités, qui sanctionnent les conditions de validité du contrat, et sont traitées dans la sous-section 1, leur régime est conforme aux solutions du droit positif.

Deux modes de nullité sont instaurés : la nullité judiciaire et la nullité consensuelle, laquelle consiste à permettre aux parties de constater d'un commun accord la nullité du contrat (article 1178 alinéa 1). Cette faculté permet ainsi d'éviter dans les cas les plus simples la saisine d'un juge et il a paru opportun de la consacrer pour des raisons de simplicité et d'efficacité. L'alinéa 2 de l'article 1178 rappelle que le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé. Cet anéantissement rétroactif du contrat implique la restitution des prestations déjà exécutées, conformément aux solutions en vigueur (article 1178 alinéa 3). La nullité ne fait évidemment pas obstacle à l'engagement de la responsabilité de l'une des parties, dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle (article 1178 alinéa 4). Les articles qui suivent consacrent ce qu'il est convenu d'appeler la théorie moderne des nullités (par opposition à la théorie dite classique), qui distingue la nullité absolue de la nullité relative : la nullité absolue est celle qui sanctionne la violation d'une règle d'intérêt général tandis que la nullité est relative lorsque l'intérêt protégé est seulement un intérêt particulier (article 1179). La détermination du régime de chacune de ces nullités correspond aux solutions adoptées en jurisprudence. Sanctionnant la violation de règles qui visent à sauvegarder l'intérêt général, la nullité absolue peut être invoquée par toute personne justifiant d'un intérêt. Par ailleurs est consacrée expressément la possibilité pour le ministère public d'invoquer une nullité absolue. Enfin la nullité absolue n'est pas susceptible de confirmation (article 1180). Quant à la nullité relative, qui sanctionne la transgression d'une règle protectrice des intérêts privés, elle ne peut être invoquée que par celui ou ceux que la loi protège et qui peuvent y renoncer en confirmant l'acte vicié (article 1181). Les conditions de la confirmation, par laquelle celui qui peut demander la nullité d'un acte renonce à se prévaloir des vices dont celui-ci est entaché, sont à cette occasion précisées, ainsi que ses effets (article 1182).

Comme en matière de pacte de préférence et de représentation, est introduite à l'article 1183 une action interrogatoire, afin de pouvoir purger le contrat de ses vices potentiels et de limiter le contentieux : elle permet à une partie d'enjoindre à son cocontractant de prendre position dans un délai de six mois entre une action en nullité et la confirmation du contrat.

L'article 1184 précise l'étendue de la nullité lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, le code civil étant lacunaire sur cette question, contrairement à d'autres législations européennes : le texte pose le principe de la nullité partielle de l'acte dont certaines clauses seulement sont viciées, sauf preuve du caractère déterminant de cette ou de ces clauses. Le contrat est également maintenu en cas de clauses réputées non écrites par la loi ou lorsque l'objectif poursuivi par la règle méconnue exige son maintien, ce qui correspond à la jurisprudence actuelle.

Enfin, l'article 1185 rappelle le caractère perpétuel de l'exception de nullité lorsqu'elle porte sur un contrat qui n'a pas été exécuté, conformément à la jurisprudence.

Les actuels articles 1339 et 1340 du code civil sur la confirmation des donations sont déplacés dans un nouvel article 931-1 créé dans le titre II relatif aux libéralités, où ils trouvent plus naturellement leur place.

► Sous-section 2 : La caducité

Dans la sous-section 2, la caducité est désormais définie : conformément à la conception de la doctrine et à la jurisprudence, elle sanctionne la disparition d'un de ses éléments essentiels, postérieurement à la formation du contrat (article 1186 alinéa 1). Les alinéas 2 et 3 sont consacrés aux contrats interdépendants, qui sont ignorés du code civil et donnent lieu à un contentieux nourri et fluctuant, la jurisprudence hésitant entre une conception subjective (recherchant la volonté des parties et vérifiant la connaissance par le cocontractant des autres contrats de l'ensemble lors de la conclusion du contrat) et une conception objective de l'interdépendance des contrats (fondée sur l'opération économique réalisée). Le texte prévoit que la résolution ou l'annulation de l'un des contrats emporte l'anéantissement de l'ensemble contractuel lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération. La caducité des contrats interdépendants est toutefois limitée à deux hypothèses : lorsque l'anéantissement du contrat rend impossible l'exécution du ou des autres contrats (consacrant ainsi une conception objective de l'interdépendance), et lorsque l'exécution du contrat anéanti était une condition déterminante du consentement d'une partie. Toutefois il n'y a caducité que si le contractant auquel on l'oppose connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation.

Enfin, l'article 1187 traite des effets de la caducité, qui donnent lieu à discussion : compte tenu de la variété des situations auxquelles s'applique la caducité, ils peuvent varier en pratique selon la date à laquelle l'élément essentiel disparaît et selon le type de contrat. L'ordonnance prévoit donc que la caducité met fin au contrat, mais, dans un souci pragmatique, ne tranche pas la question de la rétroactivité : celle-ci n'est pas exclue dans certaines hypothèses puisque la caducité peut donner lieu à restitutions. Il appartiendra aux juges d'apprécier l'opportunité de la rétroactivité en fonction des circonstances de chaque espèce.

► Chapitre III : L'interprétation du contrat

Le 5° de l'article 8 de loi d'habilitation autorise le Gouvernement à clarifier les dispositions relatives à l'interprétation du contrat et à spécifier celles propres au contrat d'adhésion.

Les rédactions retenues s'inspirent donc largement des textes actuels et des solutions dégagées par la jurisprudence. Ont cependant été abandonnés dans le but de clarification poursuivi, les articles 1158, 1159, 1160, 1163 et 1164 actuels, peu ou pas employés par la jurisprudence, et dont l'utilité n'est pas avérée. Ainsi, l'article 1188 reprend en son premier alinéa l'actuel article 1156, qui rappelle que le contrat doit d'abord s'interpréter d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant à sa lettre. Le second alinéa, inspiré des PDEC, du DCFR et des principes Unidroit, précise qu'à défaut de pouvoir déterminer la commune intention des parties, le sens du contrat s'interprète selon un standard, celui du contractant moyen dénommé « personne raisonnable » (notion généralisée par la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, pour remplacer l'expression désuète de « bon père de famille », mais présente dans le code depuis 1804, l'actuel article 1112 disposant « Il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. »), placé dans les mêmes circonstances de temps et de lieu.

L'article 1189 reprend en son premier alinéa l'article 1161 actuel sur l'interprétation des stipulations contractuelles au regard de la cohérence de l'acte entier. L'alinéa 2 étend cette règle aux ensembles contractuels, conformément à la jurisprudence.

L'article 1190 distingue la méthode d'interprétation d'une clause ambiguë selon que le contrat est ou non un contrat d'adhésion, puisque dans ce dernier cas il s'interprétera contre celui qui l'a proposé.

L'article 1191, qui favorise l'effectivité des stipulations contractuelles, reprend l'article 1157 dans une rédaction légèrement simplifiée.

Enfin, l'article 1192 consacre la jurisprudence déjà ancienne de la Cour de cassation qui sanctionne la dénaturation de clauses claires et précises, par laquelle le juge refait le contrat en équité au prétexte de l'interpréter. Cette disposition rappelle l'importance de la force obligatoire du contrat et du respect de la volonté des parties.

► Chapitre IV : Les effets du contrat

Le chapitre IV traite des effets du contrat conformément au 6° de l'article 8 de la loi d'habilitation, qui autorise le Gouvernement à préciser les règles relatives aux effets du contrat entre les parties et à l'égard des tiers. Il est divisé en quatre sections respectivement consacrées aux effets du contrat entre les parties, aux effets du contrat à l'égard des tiers, à la durée du contrat et à l'inexécution du contrat. Ce plan chronologique répond à l'objectif d'amélioration de l'intelligibilité des textes.

► Section 1 : Les effets du contrat entre les parties

La section 1 traitant des effets du contrat entre les parties est divisée en deux sous-sections portant sur sa force obligatoire d'une part (sous-section 1) et son effet translatif d'autre part (sous-section 2).

► Sous-section 1 : Force obligatoire

La sous-section 1 relative aux effets du contrat entre les parties est composée des articles 1193 à 1195. L'article 1103 de l'ordonnance ayant mis en exergue l'importance du principe de la force obligatoire du contrat en reprenant la formule symbolique et historique de l'actuel article 1134 alinéa 1er (cf. supra), l'article 1193 de l'ordonnance reprend ici simplement l'alinéa 2 de cet article 1134 qui constitue une déclinaison de ce principe essentiel. Le texte complète ces dispositions pour expliciter que les parties peuvent également modifier le contrat d'un commun accord, ce qu'une interprétation a fortiori de l'article 1134 permettait déjà. Le dernier alinéa de l'article 1134 relatif à l'exécution de bonne foi a lui aussi été érigé en article autonome dans les dispositions liminaires (cf. supra).

L'article 1194 reprend de même quasi intégralement l'actuel article 1135, à l'exception du remplacement du terme de « convention » par celui de « contrat ».

L'article 1195 constitue quant à lui l'une des innovations importantes de l'ordonnance, puisqu'il introduit l'imprévision dans le droit des contrats français, notion bien connue en jurisprudence administrative. Il répond expressément au 6° de l'habilitation autorisant le Gouvernement à prévoir « la possibilité pour celles-ci [les parties au contrat] d'adapter leur contrat en cas de changement imprévisible de circonstances ». La France est l'un des derniers pays d'Europe à ne pas reconnaître la théorie de l'imprévision comme cause modératrice de la force obligatoire du contrat. Cette consécration, inspirée du droit comparé comme des projets d'harmonisation européens, permet de lutter contre les déséquilibres contractuels majeurs qui surviennent en cours d'exécution, conformément à l'objectif de justice contractuelle poursuivi par l'ordonnance. L'alinéa 1er pose les conditions de ce nouveau dispositif : l'imprévision est subordonnée à un changement de circonstances « imprévisible », qui doit rendre l'exécution « excessivement onéreuse » pour une partie, et celle-ci ne doit pas avoir accepté de prendre en charge ce risque. Comme l'implique la rédaction retenue, ce texte revêt un caractère supplétif, et les parties pourront convenir à l'avance de l'écarter pour choisir de supporter les conséquences de la survenance de telles circonstances qui viendraient bouleverser l'économie du contrat. Par ailleurs, si la partie lésée demande une renégociation à son cocontractant, elle doit continuer à exécuter ses obligations pour éviter que ce mécanisme n'encourage les contestations dilatoires, et préserver la force obligatoire du contrat. L'alinéa 2 précise ensuite les conséquences d'un refus ou d'un échec des négociations : les parties, si elles en sont d'accord, peuvent convenir de la résolution du contrat ou saisir le juge pour que celui-ci adapte le contrat. A l'issue d'un délai raisonnable, l'une des parties peut également saisir seule le juge qui pourra alors réviser le contrat ou y mettre fin. L'imprévision a donc vocation à jouer un rôle préventif, le risque d'anéantissement ou de révision du contrat par le juge devant inciter les parties à négocier.

► Sous-section 2 : Effet translatif

La sous-section 2 relative à l'effet translatif du contrat est composée des articles 1196 à 1198, et permet de régler la question de l'articulation entre le droit commun des contrats et le droit des biens. L'article 1196 affirme le principe selon lequel, dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou d'un autre droit, le transfert s'opère solo consensu, c'est-à-dire par le seul échange des consentements des parties caractérisant la conclusion du contrat, sans aucune exigence de forme. Conséquence de l'abandon en amont de la distinction entre les obligations de donner, de faire, et de ne pas faire, le transfert de propriété est érigé en effet légal du contrat, consécutif à l'échange des consentements, selon l'énoncé du titre de la sous-section 2. Dans son contenu, le texte reprend le principe traditionnel du transfert de propriété solo consensu, déjà affirmé à l'article 1138 actuel du code civil, en adoptant une formulation plus explicite que celle fondée sur la distinction entre l'obligation de donner et l'obligation de livrer la chose. Le deuxième alinéa rappelle le caractère supplétif de ce texte, auquel la volonté des parties ou la loi peut déroger, ou la nature des choses s'opposer. Le troisième alinéa consacre la règle selon laquelle le propriétaire supporte la perte de la chose (connue sous la locution latine « res perit domino »), en prévoyant que le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose, et en rappelle les limites : la mise en demeure de délivrer une chose met les risques de la chose à la charge du débiteur non propriétaire (le vendeur), comme le prévoit l'article 1344-2 de l'ordonnance, mais sous réserve des dispositions de l'article 1351-1 du texte (en vertu duquel après mise en demeure, le débiteur est libéré s'il prouve que la perte de la chose se serait produite même si celle-ci avait été délivrée). L'article 1197 fait peser sur le débiteur de l'obligation de délivrance de la chose, dont la propriété a déjà été transférée par la conclusion du contrat, une obligation de conservation de la chose jusqu'à sa délivrance, en y apportant les soins d'une « personne raisonnable »

(cf. supra).

L'article 1198 règle quant à lui le conflit des droits d'acquéreurs successifs d'un même meuble en son alinéa 1er, reprenant l'actuel article 1141, et étend cette règle aux immeubles dans son alinéa second.

► Section 2 : Les effets du contrat à l'égard des tiers

La section 2 aborde ensuite les effets du contrat à l'égard des tiers. Elle est divisée en deux sous-sections, la première étant relative aux dispositions générales en la matière, et la seconde traitant spécifiquement du porte-fort et de la stipulation pour autrui.

► Sous-section 1 : Dispositions générales

Le principe de l'effet relatif des contrats est ainsi rappelé en sous-section 1 à l'article 1199 dans une formulation modernisée de l'actuel article 1165, tandis que l'opposabilité aux tiers fait désormais l'objet d'une disposition séparée à l'article 1200, afin de mieux distinguer ces deux questions. Il n'a pas été jugé utile de rappeler dans le code civil l'existence de règles particulières relatives à l'opposabilité du transfert de certains droits réels (telles que celles relatives à la publicité foncière en matière de droits réels immobiliers), compte tenu de la règle générale posée à l'article 1105 de l'ordonnance.

L'article 1201 traite de la simulation. Il reprend l'actuel article 1321 en le clarifiant. Il n'évoque que l'effet de la contre-lettre entre les parties et son inopposabilité à l'égard des tiers, en rappelant qu'ils peuvent s'en prévaloir.

L'article 1202 est une reprise de l'actuel article 1321-1 du code civil, identique aux termes de l'article 1840 du code général des impôts abrogé par l'ordonnance n° 2005-1512 du 7 décembre 2005 relative à des mesures de simplification en matière fiscale et à l'harmonisation et l'aménagement du régime des pénalités.

► Sous-section 2 : Le porte-fort et la stipulation pour autrui

La sous-section 2 traite spécifiquement du porte-fort et de la stipulation pour autrui. Est d'abord réaffirmé le principe selon lequel on ne peut s'engager en son propre nom que pour soi-même à l'article 1203. La rédaction de ce texte s'éloigne de la lettre actuelle de l'article 1119 du code civil sur deux points : la prohibition de principe de la stipulation pour autrui est abandonnée, compte tenu du développement de la pratique de la stipulation pour autrui (et en particulier de l'assurance-vie) depuis 1804, et de la jurisprudence en ayant élaboré le régime juridique (désormais codifié aux articles 1206 à 1210 de l'ordonnance) ; la formule « en général », qui voulait faire de ce texte une introduction des exceptions à venir, le porte-fort et la stipulation pour autrui, est abandonnée car il ne s'agit pas en réalité d'exceptions, le tiers n'étant pas engagé dans la promesse de porte-fort, et la stipulation pour autrui ne pouvant pas faire naître de créance ou d'obligation à la charge du bénéficiaire sans son accord. Le porte-fort est déjà prévu à l'actuel article 1120 du code civil, mais l'article 1204 de l'ordonnance en clarifie le régime. L'alinéa 1er en propose tout d'abord une définition ouverte, incluant aussi bien le « porte-fort de ratification » (c'est-à-dire lorsque le promettant se porte fort d'obtenir le consentement à un acte qui est déjà négocié et conclu), le porte-fort dit « de conclusion » (lorsque dans un acte le promettant s'engage auprès du bénéficiaire à ce qu'un tiers conclue un autre acte juridique), que le « porte-fort d'exécution » (c'est-à-dire lorsqu'il s'engage à ce qu'un tiers exécute un contrat conclu avec le bénéficiaire, à titre de « garantie »). L'alinéa 2 précise les effets du porte-fort : le promettant est libéré en cas d'exécution par le tiers du fait promis (le bénéficiaire pouvant lui réclamer réparation dans le cas contraire). Le dernier alinéa est propre au porte-fort de ratification : dans cette hypothèse l'acte conclu par le promettant (sans pouvoir) est rétroactivement validé par la ratification du tiers. Si le porte-fort ne portait que sur la conclusion d'un nouvel acte juridique ou l'exécution d'une obligation, l'exécution du fait promis par le tiers n'a pas à produire d'effet rétroactif.

La stipulation pour autrui fait ensuite l'objet de cinq articles, les articles 1205 à 1209, qui remplacent et étoffent le seul article 1121 du code civil, qui ne régit pas tous les rapports juridiques que l'opération fait naître entre les trois intéressés. Ces dispositions ont donc pour objet de codifier les apports jurisprudentiels, en précisant les conditions de révocation et d'acceptation de la stipulation pour autrui. L'article 1205 définit ainsi la stipulation pour autrui, tandis que l'article 1206 précise ses effets à l'égard du bénéficiaire (droit direct à la prestation) et à quel moment la révocation est possible. L'article 1207 détaille quant à lui les conditions et les effets de cette révocation. L'article 1208 consacre la jurisprudence sur la forme (expresse ou tacite) de l'acceptation de la promesse, qui peut émaner du bénéficiaire ou de ses héritiers, et qui peut également intervenir après le décès du stipulant ou du promettant. Enfin, l'article 1209 consacre la solution jurisprudentielle selon laquelle, malgré la naissance d'un droit propre et direct du bénéficiaire contre le promettant, le stipulant conserve également le droit d'exiger du promettant qu'il exécute sa promesse à l'égard du bénéficiaire.

► Section 3 : La durée du contrat

La section 3 est consacrée à la durée du contrat. Cette section composée de six articles est une innovation de l'ordonnance répondant au 7° de l'article 8 de la loi d'habilitation, autorisant le Gouvernement à clarifier

les règles relatives à la durée du contrat.

Le code civil actuel ne comporte en effet aucune disposition générale sur la durée des contrats et n'envisage que la question du terme dans la théorie générale (articles 1185 et suivants), alors qu'il existe un contentieux important relatif à la durée des contrats à durée déterminée. Le régime juridique de la durée du contrat s'est donc esquissé progressivement au gré de la jurisprudence, de la pratique contractuelle, et des dispositions spéciales.

L'ordonnance propose donc d'introduire dans le code civil des règles générales sur la durée du contrat, qui doivent permettre de clarifier les différences entre des notions proches en ce qu'elles concernent toutes la prolongation des contrats dans le temps, mais qui n'en sont pas moins différentes : renouvellement, prorogation et tacite reconduction.

Tout d'abord, l'article 1210 alinéa 1er entérine dans son premier alinéa la règle de la prohibition des engagements perpétuels. Ce principe, consacré par la jurisprudence à partir de textes d'application spéciaux tels que l'article 1780 alinéa 1 (interdiction du louage de services à vie), l'article 1838 (interdiction de sociétés de plus de 99 ans), l'article 1709 (interdiction du bail perpétuel), l'article 1944 (interdiction du dépôt à durée illimitée), ou encore l'article 2003 (interdiction du mandat perpétuel), n'est pas affirmé actuellement à titre autonome par le code civil. Il s'agit donc d'une codification du droit positif. Le second alinéa tire les conséquences de cette interdiction, en offrant aux cocontractants (en pratique le contractant lésé) la possibilité de résoudre le contrat comme un contrat à durée indéterminée, c'est-à-dire en ramenant les effets d'un engagement perpétuel à ceux d'un contrat à durée indéterminée.

L'article 1211 consacre ensuite la possibilité pour les contractants de mettre unilatéralement fin à un contrat à durée indéterminée sous réserve d'un préavis suffisant. Conséquence logique de la prohibition des engagements perpétuels, cette règle fait écho au principe de la liberté contractuelle affirmé précédemment dans les dispositions liminaires, un cocontractant ne pouvant pas être indéfiniment lié par un contrat. Cette faculté unilatérale de résiliation des contrats à durée indéterminée, moyennant le respect d'un délai de préavis, a d'ailleurs été reconnue comme une règle à valeur constitutionnelle par la décision du Conseil constitutionnel du 9 novembre 1999 relative à la loi sur le pacte civil de solidarité (Cons. Const., 9 novembre 1999, DC n° 99-419) : « si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants, l'information du cocontractant, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture, devant toutefois être garanties ». Dans sa décision, le Conseil constitutionnel a incité le législateur à préciser les règles ou les « causes permettant une telle résiliation, ainsi que les modalités de celle-ci, notamment le respect d'un préavis ». C'est ce que fait la présente ordonnance par cet article 1211, en réservant aux contractants une faculté de résiliation du contrat à durée indéterminée, sous réserve du respect d'un délai de préavis contractuellement prévu, ou à défaut raisonnable. Dans le silence du texte, les règles de la responsabilité civile de droit commun trouveront à s'appliquer en cas de faute commise par le cocontractant, conformément à la jurisprudence constitutionnelle précitée.

Les articles suivants sont ensuite consacrés au contrat à durée déterminée, dont la force obligatoire du terme est rappelée à l'article 1212, les conditions de sa prorogation étant envisagées à l'article 1213, de son renouvellement à l'article 1214, et de sa tacite reconduction à l'article 1215.

► Section 4 : La cession de contrat

La section 4 introduit dans le code civil la cession de contrat, dont elle détaille le régime juridique. En effet, bien que ponctuellement reconnue par le législateur, aucune théorie générale de la cession de contrat, née des besoins de la pratique des entreprises, n'existe dans le code civil actuel. Traduisant le souhait de la présente ordonnance de moderniser le droit des contrats en s'inspirant des apports de la pratique, la cession de contrat entre dans le code civil.

L'ordonnance consacre une conception unitaire de la cession de contrat, qui n'est pas la simple adjonction d'une cession de dette et d'une cession de créance, mais qui a pour objet de permettre le remplacement d'une des parties au contrat par un tiers, sans rupture du lien contractuel. La cession de contrat prend logiquement place au sein de la section dévolue aux effets du contrat, entre les dispositions relatives à sa durée et celles relatives à son inexécution, puisqu'elle a justement pour objet de permettre le maintien du contrat, voire d'en prévenir l'inexécution.

L'article 1216 définit ainsi la cession de contrat comme la cession de sa qualité de partie au contrat par le cédant, et énonce les conditions de validité de cette cession : le contrat ne peut être cédé qu'avec l'accord du cocontractant, conformément à la jurisprudence, et la cession doit faire l'objet d'un écrit. Cette définition permet aux parties à un contrat d'envisager la cession du contrat dès sa conclusion : en effet l'accord du cédé pourra intervenir à l'avance, y compris dans le contrat lui-même, ou au moment de la cession. Si le cédé n'intervient pas à l'acte pour consentir à la cession (parce qu'il aura donné son consentement à l'avance), celle-ci devra lui être notifiée, ou il devra en prendre acte, pour qu'elle lui soit opposable. L'article 1216-1 précise ensuite les effets de la cession de contrat à l'égard du cédé et du cédant : le cédant n'est libéré pour l'avenir qu'avec l'accord du cédé ; dans le cas contraire, il reste solidairement tenu à l'exécution du contrat. Pour répondre aux inquiétudes des professionnels, l'ordonnance rappelle ici expressément que cette disposition est supplétive de volonté, même s'il s'agit du choix général opéré pour l'ensemble de l'ordonnance. Les deux articles suivants complètent le régime de la cession de contrat par des règles relatives à l'opposabilité des exceptions (article 1216-2) et au sort des sûretés accessoires au contrat cédé (article 1216-3), en cohérence avec celles applicables à la cession de créance et à la cession de dette.

► Section 5 : L'inexécution du contrat

La section 5 est consacrée à l'inexécution du contrat, pour laquelle le 8° de l'article 8 de la loi d'habilitation a donné mission au Gouvernement de regrouper les règles applicables, et d'introduire la possibilité d'une

résolution unilatérale par notification.

En effet, le régime de l'inexécution contractuelle constitue assurément l'une des carences du code civil, dont les règles en la matière sont éparses et incomplètes : l'exécution en nature par exemple est traitée avec les obligations de faire et de ne pas faire, et les obligations de donner ; les textes sont muets sur l'exception d'inexécution ; enfin la résolution est évoquée à l'occasion des obligations conditionnelles.

L'ordonnance se propose par conséquent de regrouper l'ensemble des règles relatives à l'inexécution contractuelle en une seule section, divisée en cinq sous-sections respectivement consacrées aux différentes sanctions de l'inexécution, et présentées à titre liminaire à l'article 1217.

Cet article énumère en son premier alinéa l'ensemble des sanctions à la disposition du créancier d'une obligation non exécutée. L'ordre de l'énumération n'a aucune valeur hiérarchique, le créancier victime de l'inexécution étant libre de choisir la sanction la plus adaptée à la situation. D'ailleurs, le dernier alinéa règle l'articulation entre ces différents remèdes qui peuvent se cumuler s'ils ne sont pas incompatibles et rappelle que les dommages et intérêts sont toujours compatibles avec les autres sanctions si les conditions de la responsabilité civile sont réunies.

Cette présentation des sanctions de l'inexécution contractuelle clarifie les règles applicables et en permet une appréhension globale, jusqu'alors complexe.

En outre, avant de se consacrer à l'étude des dispositions spécifiques à chaque remède à l'inexécution, l'ordonnance définit en son article 1218 la force majeure en matière contractuelle, cause d'exonération de responsabilité et cause de libération du débiteur de ses obligations. Il n'existe pas dans le code civil actuel de définition de la force majeure, dont les contours et les effets ont été dessinés par la jurisprudence de la Cour de cassation, et ce de façon parfois inconstante. Le texte reprend la définition prétorienne de la force majeure en matière contractuelle, délaissant le traditionnel critère d'extériorité, également abandonné par l'assemblée plénière de la Cour de cassation en 2006 (Ass. Plén. 14 avr. 2006, n° 04-18902 et n° 02-11168), pour ne retenir que ceux d'imprévisibilité et d'irrésistibilité. L'imprévisibilité tout d'abord, doit s'apprécier au jour de la conclusion du contrat (contrairement à la matière extracontractuelle, où ce critère doit être apprécié au jour du fait dommageable) : en effet, si l'événement était prévisible au moment de la formation du contrat, le débiteur a entendu supporter le risque de ne pas pouvoir exécuter son obligation. L'événement doit également être irrésistible, tant dans sa survenance (inévitabilité) que dans ses effets (insurmontables).

Le second alinéa de l'article 1218 envisage les conséquences de la force majeure, en distinguant selon le caractère temporaire ou définitif de l'empêchement. En cas d'empêchement temporaire, l'exécution de l'obligation sera suspendue sauf si le retard en résultant justifie la résolution du contrat (exemple d'une prestation ne pouvant être délivrée utilement à un jour autre que celui déterminé pour un événement non reportable), tandis qu'en cas d'empêchement définitif le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs engagements dans les conditions des articles 1351 et 1351-1, auxquels il est expressément renvoyé. Il s'agit d'une codification de solutions dégagées par la jurisprudence.

► Sous-section 1 : L'exception d'inexécution

La sous-section 1 est consacrée à l'exception d'inexécution, mécanisme aujourd'hui absent du code civil mais reconnu par la jurisprudence.

L'article 1219 définit l'exception d'inexécution comme la possibilité offerte à une partie de ne pas exécuter son obligation si l'autre n'exécute pas la sienne. Le texte pose toutefois une condition importante : cette exception ne peut être soulevée par le créancier que si l'inexécution présente un caractère suffisamment grave, et ne peut donc être opposée comme moyen de pression sur le débiteur que de façon proportionnée. L'usage de mauvaise foi de l'exception d'inexécution par un créancier face à une inexécution insignifiante constituera dès lors un abus ou à tout le moins une faute susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle.

L'article 1220 quant à lui va plus loin que la jurisprudence consacrée par l'article 1219, puisqu'il introduit la possibilité pour le créancier d'une obligation, avant tout commencement d'exécution du contrat, de suspendre l'exécution de sa prestation s'il est d'ores et déjà manifeste que le débiteur ne s'exécutera pas. Il s'agit d'une faculté de suspension par anticipation de sa prestation par le créancier avant toute inexécution, qui permet de limiter le préjudice résultant d'une inexécution contractuelle, et qui constitue un moyen de pression efficace pour inciter le débiteur à s'exécuter. Ce mécanisme est toutefois plus encadré que l'exception d'inexécution, puisqu'outre l'exigence de gravité suffisante de l'inexécution, la décision de suspension de la prestation doit être notifiée dans les meilleurs délais à l'autre partie.

► Sous-section 2 : L'exécution forcée en nature

La sous-section 2 poursuit l'édification du régime des différentes sanctions à l'inexécution en précisant celui de l'exécution forcée en nature.

L'article 1221 pose tout d'abord le principe selon lequel le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature. Ce texte rompt avec la lettre de l'actuel article 1142 du code civil, dont la Cour de cassation avait déjà retenu une interprétation contraire au texte et qui était également contredit par la procédure d'injonction de faire prévue par les articles 1425-1 à 1425-9 du code de procédure civile. L'ordonnance retient les exceptions consacrées par la jurisprudence : l'exécution forcée en nature ne peut être ordonnée en cas d'impossibilité (matérielle, juridique ou morale, en particulier si elle porte atteinte aux libertés individuelles du débiteur). Il propose également une nouvelle exception inspirée des projets européens d'harmonisation du droit des contrats : l'exécution en nature ne peut non plus être poursuivie s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier. Cette nouvelle exception vise à éviter certaines décisions jurisprudentielles très contestées : lorsque l'exécution forcée en nature est extrêmement onéreuse pour le débiteur sans que le créancier y ait vraiment intérêt, il apparaît en effet inéquitable et

injustifié que celui-ci puisse l'exiger, alors qu'une condamnation à des dommages et intérêts pourrait lui fournir une compensation adéquate pour un prix beaucoup plus réduit. Le texte proposé s'analyse en une déclinaison de l'abus de droit, formulée de façon plus précise, pour encadrer l'appréciation du juge et offrir une sécurité juridique accrue.

L'article 1222 propose une alternative au créancier en lui permettant, au lieu de poursuivre l'exécution forcée de l'obligation concernée, de faire exécuter lui-même l'obligation ou détruire ce qui a été mal exécuté après mise en demeure du débiteur, et de solliciter ensuite du débiteur le remboursement des sommes exposées pour ce faire. Ce mécanisme n'est pas nouveau, puisqu'il reprend en substance les articles 1143 et 1144. Toutefois, l'article 1222 facilite la faculté de remplacement par le créancier lui-même, puisqu'il supprime l'exigence d'une autorisation judiciaire préalable pour faire procéder à l'exécution de l'obligation, le contrôle du juge n'intervenant qu'a posteriori en cas de refus du débiteur de payer ou de contestation de celui-ci. En revanche, l'ordonnance maintient la nécessité d'une autorisation préalable du juge pour obtenir la destruction de ce qui a été réalisé en contravention de l'obligation, compte tenu du caractère irrémédiable d'une telle destruction afin d'éviter les abus de la part du créancier. Enfin, le second alinéa du texte complète le dispositif conformément au droit positif, en permettant au créancier de solliciter la condamnation du débiteur à faire l'avance des sommes nécessaires à l'exécution ou la destruction en cause.

► Sous-section 3 : La réduction du prix

La sous-section 3, composée du seul article 1223, propose de généraliser une sanction connue du code civil, la réduction du prix, inspirée des projets d'harmonisation européens. Si le code civil ne prévoit pas de façon générale la possibilité pour le créancier d'accepter une exécution non conforme du débiteur, en contrepartie d'une réduction proportionnelle du prix, cette faculté existe en droit positif à titre spécial, par exemple en matière de garantie des vices cachés par l'action estimatoire de l'article 1644, ou en matière de vente immobilière en cas de contenance erronée ou de mesure erronée de plus d'un vingtième (articles 1617 et 1619). A la différence de ces textes spéciaux toutefois, l'article 1223 offre la possibilité au créancier d'une obligation imparfaitement exécutée d'accepter cette réduction sans devoir saisir le juge en diminution du prix. Le créancier devra préalablement avoir mis en demeure le débiteur d'exécuter parfaitement son obligation. Le texte n'est pas destiné à remettre en question l'exception admise en jurisprudence en cas d'urgence. Le créancier devra ensuite notifier à son débiteur, dans les meilleurs délais, sa décision de réduire le prix, s'il n'a pas encore payé. S'il a déjà payé le prix, il demandera remboursement au débiteur à hauteur de la réduction de prix opposée. Le texte prend soin de préciser que la réduction du prix sollicitée par le créancier de l'obligation imparfaitement exécutée doit être proportionnelle à la gravité de cette inexécution. Il s'agit d'une sanction intermédiaire entre l'exception d'inexécution et la résolution, qui permet de procéder à une révision du contrat à hauteur de ce à quoi il a réellement été exécuté en lieu et place de ce qui était contractuellement prévu.

► Sous-section 4 : La résolution

La sous-section 4 est consacrée à la plus radicale des sanctions de l'inexécution, la résolution, puisque celle-ci met fin au contrat. Elle comprend sept articles, les articles 1224 à 1230, et est organisée autour des trois modes de résolution du contrat déjà bien connus en droit positif : la clause résolutoire, la résolution unilatérale, et la résolution judiciaire. En effet, il est apparu essentiel de traiter de la résolution du contrat parmi les différents remèdes à l'inexécution, et non pas seulement à l'occasion des articles relatifs à la condition résolutoire qui serait toujours sous-entendue dans les contrats selon l'article 1184 actuel.

Ainsi l'article 1224 énonce les trois modes de résolution du contrat précités, la résolution unilatérale et la résolution judiciaire étant soumises à une condition de gravité suffisante de l'inexécution, par opposition à la clause résolutoire dont l'effet est automatique dès lors que les conditions prévues au contrat sont réunies.

L'article 1225 définit en son premier alinéa la notion de clause résolutoire, bien connue en doctrine et surtout de la pratique, comme la clause désignant les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat, tandis que l'alinéa 2 en soumet l'application à une mise en demeure préalable du débiteur mentionnant expressément la clause résolutoire en cause. Le texte étant supplétif, il précise que cette exigence n'est requise que si les parties n'ont pas convenu que la clause résolutoire jouerait du seul fait de l'inexécution.

L'article 1226 introduit dans le code civil la résolution unilatérale par notification du créancier de l'obligation non exécutée, visée expressément par le 8° de l'article 8 de la loi d'habilitation. Ce texte constitue une nouveauté qui vise à consacrer un mécanisme absent du code civil mais reconnu par la jurisprudence et les projets d'harmonisation européens. La Cour de cassation avait en effet déjà défini les contours de la résolution unilatérale par notification, en considérant que « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls » et que « cette gravité [...] n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis » (civ. 1re, 13 octobre 1998, n° 96-21485) « peu important que le contrat soit à durée déterminée ou non » (civ. 28 octobre 2003, n° 01-03662).

Le texte proposé consacre cette faculté. La résolution unilatérale n'est cependant plus appréhendée comme une exception au principe de la résolution judiciaire, mais est traitée comme une faculté autonome offerte au créancier qui, victime de l'inexécution, aura désormais le choix, en particulier en l'absence de clause résolutoire expresse, entre les deux modes de résolution, judiciaire ou unilatérale. Cette innovation s'inscrit dans une perspective d'efficacité économique du droit. Elle repose en effet sur l'idée que le créancier victime de l'inexécution, au lieu de subir l'attente aléatoire du procès et de supporter les frais inhérents à l'intervention du juge, peut tout de suite ou dans un délai raisonnable,

conclure un nouveau contrat avec un tiers. La sécurité juridique et la protection du débiteur ne sont pas sacrifiées pour autant à l'impératif économique puisque cette faculté est très encadrée. Ainsi, seul le créancier de l'obligation dont l'inexécution est « suffisamment grave » pourra s'en prévaloir. De plus, un formalisme protecteur est imposé, puisque la notification de la résolution doit être précédée d'une mise en demeure du débiteur de s'exécuter dans un délai raisonnable. En outre, l'article 1226 exige une motivation de la notification, afin là encore de protéger le débiteur et d'encadrer cette résolution unilatérale. Dans un souci de pragmatisme, et conformément à la jurisprudence, il réserve toutefois expressément le cas d'urgence, qui dispense le créancier de mettre en demeure son cocontractant. Enfin, le dernier alinéa du texte permet au débiteur de contester la résolution en saisissant le juge. Cette possibilité est conforme à la jurisprudence actuelle, selon laquelle la résolution unilatérale se fait aux « risques et périls » du créancier, condition reprise par le premier alinéa du texte. Il appartiendra alors au créancier de prouver la gravité de l'inexécution, en application de la condition posée à l'article 1224 de l'ordonnance. Dans le silence du texte sur son caractère impératif, il doit être considéré que cette disposition n'est pas d'ordre public, y compris en cas d'urgence.

Ensuite, l'article 1227 rappelle la possibilité de saisir le juge pour solliciter la résolution du contrat, même si une clause résolutoire a été prévue au contrat, ou même si une procédure de résolution par notification a été engagée, conformément à la jurisprudence. Le texte n'entend pas remettre en cause la jurisprudence validant les clauses de renonciation judiciaire : en effet ces clauses ne font en principe que limiter les modalités de l'exécution de l'obligation sans priver le créancier du droit d'obtenir l'exécution de sa créance par l'un des autres remèdes énumérés par l'article 1217 de l'ordonnance (tels que l'exécution forcée en nature). Il appartiendra donc aux juridictions saisies de vérifier au cas par cas que la restriction ainsi consentie ne porte pas atteinte à la substance même du droit et au droit d'agir en justice.

En cas de saisine du juge, l'article 1228 vient préciser l'objet de son office. En effet, le juge, pourra selon les circonstances, soit constater la résolution du contrat s'il intervient a posteriori pour contrôler la mise en œuvre d'une clause résolutoire ou d'une résolution unilatérale par notification, soit la prononcer, s'il est saisi en ce sens, en cas d'inexécution suffisamment grave. Il pourra également, s'il ne prononce pas la résolution, ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai de grâce au débiteur. Le texte rappelle que le juge peut aussi, notamment si le manquement n'est pas suffisamment grave pour justifier une résolution, n'allouer que des dommages et intérêts, conformément à l'article 1217 de l'ordonnance. Les pouvoirs du juge s'exerceront toutefois dans le cadre délimité par les demandes des parties en application du principe dispositif qui préside au procès civil.

Le régime des différents modes de résolution ayant été dressé, l'article 1229 précise la date d'effet de la résolution et ses conséquences.

Le premier alinéa du texte rappelle l'effet principal de la résolution : celle-ci rompt le lien contractuel entre les parties en mettant fin au contrat.

Le deuxième alinéa indique le moment auquel la résolution prend effet, selon son mode opératoire : à la date prévue par les parties en cas de jeu de la clause résolutoire, à la date de la réception par le débiteur de la notification en cas de résolution unilatérale, et à la date fixée par le juge ou à défaut au jour de l'assignation en cas de résolution judiciaire. L'ordonnance abandonne donc la fiction juridique de la rétroactivité traditionnellement attachée à la résolution par la doctrine et la jurisprudence, dans la mesure où la rétroactivité a en principe pour effet d'engendrer des restitutions. Celles-ci sont en effet traitées au troisième alinéa, et n'ont lieu que lorsque les prestations échangées n'avaient d'utilité qu'en cas d'exécution complète du contrat résolu, la distinction contrat instantané/contrat à exécution successive ne paraissant pas toujours adaptée pour déterminer dans quelle mesure les restitutions doivent avoir lieu. Lorsque les prestations auront trouvé une utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, la résolution n'aura donc pas d'effet rétroactif. De nombreux praticiens du droit y étant très attachés, le terme de « résiliation », couramment utilisé en matière contractuelle, a été réintroduit, sans modifier la conception unitaire de l'ordonnance : le troisième alinéa précise désormais que lorsque la résolution ne donne pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu de contrepartie, elle est qualifiée de résiliation. La résiliation est donc simplement un cas déterminé de résolution aux contours clairement délimités par le texte, applicable tant aux contrats instantanés qu'aux contrats à exécution successive, et se caractérisant par son absence de restitution.

La question des restitutions est donc désormais détachée, formellement, de la rétroactivité, les restitutions devenant un effet de la loi.

Enfin, le dernier alinéa renvoie aux articles 1352 à 1352-9 sur les modalités de mise en œuvre des restitutions.

L'article 1230 parachève le régime de la résolution en prévoyant expressément que survivent à la résolution les clauses de règlement des litiges et toutes clauses destinées à produire effet même après la disparition du contrat, telles que les clauses de confidentialité ou de non-concurrence. Cette disposition est directement inspirée de la pratique des affaires, et les PDEC et le code Gandolfi la prévoient également.

► Sous-section 5 : La réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat

La sous-section 5 consacrée à la réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat est une reprise à droit constant de la section 4 du chapitre III de l'actuel titre III du code civil, avec quelques ajustements formels. En effet, la responsabilité contractuelle ne peut être réformée isolément de la responsabilité extracontractuelle : il est généralement admis que, fondamentalement, ces deux formes de responsabilité sont des mécanismes de même nature, qui reposent sur l'existence d'un fait générateur, d'un dommage, et d'un lien de causalité entre les deux. Seules des différences de régime les opposent, fondées essentiellement sur l'originalité du fait générateur en matière contractuelle, et que la présente ordonnance ne modifie pas. Le régime de la responsabilité contractuelle sera donc modernisé dans le cadre du futur projet de réforme globale de la responsabilité civile, qui détaillera les

dispositions communes aux responsabilités contractuelle et extracontractuelle, et les dispositions propres à chacun de ces deux régimes. Le maintien de ces textes ne doit donc pas être interprété comme une remise en cause de la jurisprudence autorisant par exemple la réparation en nature du préjudice résultant d'une inexécution contractuelle.

Ainsi l'article 1231 réécrit l'actuel article 1146 pour tenir compte de l'abandon par l'ordonnance de la distinction entre les obligations de donner et de faire. Il précise que les dommages et intérêts ne sont dus qu'après une mise en demeure qui doit laisser au débiteur un délai raisonnable pour s'exécuter, mais prévoit une exception : cette formalité n'est pas obligatoire lorsque l'inexécution est définitive (auquel cas la résolution est de plein droit). La précision de l'actuel article 1146 relative à la forme de la mise en demeure est reprise à l'article 1344 dans le cadre du régime général des obligations, puisqu'elle n'est pas propre aux contrats.

L'article 1231-1 reformule le célèbre article 1147, pour l'alléger et remplacer la référence à la cause étrangère par la force majeure, que la jurisprudence lui assimile, et qui est désormais définie à l'article 1218 de l'ordonnance. C'est d'ailleurs également la raison pour laquelle l'actuel article 1148 n'est pas ici repris, la force majeure en matière contractuelle étant traitée dans cet article 1218.

L'article 1231-2 reprend à l'identique l'actuel article 1149.

Les articles 1231-3 et 1231-4 sont conformes aux articles 1150 et 1151, mais consacrent en outre la jurisprudence assimilant la faute lourde au dol, la gravité de l'imprudence délibérée dans ce cas confinant à l'intention. L'article 1231-3 rappelle l'une des spécificités les plus importantes de la responsabilité contractuelle : le contrat étant avant tout un instrument de prévisibilité, il est logique d'en limiter la réparation aux dommages qui ont été prévus ou qui étaient prévisibles lors de la conclusion du contrat, sauf dol ou faute lourde. Même dans cette hypothèse, l'article suivant indique que seules les suites immédiates et directes de l'inexécution peuvent être indemnisées.

L'article 1231-5 simplifie et synthétise en un article l'essentiel des dispositions des actuels articles 1226 à 1233 et 1152 relatifs aux clauses pénales. L'ordonnance n'a pas retenu les définitions posées par les articles 1226 et 1229 al. 1er, apparues inutiles, ni les règles posées par les articles 1227, 1228 et 1229 al.2 qui paraissent évidentes. Par ailleurs, les règles posées par les articles 1232 et 1233 relèvent du régime des obligations et non du droit des contrats. Le texte maintient la possibilité pour le juge de réviser à la hausse comme à la baisse le montant de la clause pénale manifestement excessive ou dérisoire, et ajoute deux nouveaux alinéas. L'alinéa 2 est complété par la reprise de l'actuel article 1231, et un nouvel alinéa 5 vient préciser que sauf inexécution définitive, le jeu de la clause pénale est soumis à une mise en demeure préalable. Seuls les alinéas 2 et 3 présentent un caractère impératif, les parties pouvant librement déroger au dernier.

L'article 1231-6 reprend les dispositions de l'actuel article 1153 mais en modernise et simplifie la formulation. Sont ainsi abandonnées les références aux règles particulières au commerce et au cautionnement, les conflits étant désormais arrêtés selon la règle de conflit interne posée à l'article 1105 de l'ordonnance. Sont également abandonnées les précisions relatives à la forme et au contenu de la mise en demeure, qui trouvent désormais leur place dans la théorie générale des obligations à l'article 1344. Est en revanche rappelé expressément le caractère supplétif du texte.

L'article 1231-7 est quant à lui une stricte reprise de l'actuel article 1153-1 du code civil.

► Sous-titre II La responsabilité extracontractuelle

Le sous-titre II intitulé « La responsabilité extracontractuelle » reproduit in extenso des articles 1382 à 1386-18 du code civil, avec des adaptations légistiques à la nouvelle structure du sous-titre, scindé en deux chapitres, l'un relatif à la responsabilité extracontractuelle en général, et l'autre à la responsabilité du fait des produits défectueux.

La réforme de la responsabilité civile contractuelle et extracontractuelle fera l'objet d'un projet de loi ultérieur qui sera débattu devant le Parlement, en raison des enjeux politiques et sociaux qui sont liés à ce domaine du droit.

► Sous-titre III Autres sources d'obligations

Le sous-titre III traite, en suite du contrat et de la responsabilité extracontractuelle, d'autres sources d'obligations. Il s'agit ici non pas de traiter de toutes les autres sources d'obligations (telles que la loi ou l'engagement unilatéral de volonté), mais seulement des quasi-contrats connus en droit positif : la gestion d'affaires et le paiement de l'indu régis par les articles 1371 à 1381 actuels du code civil, et l'enrichissement sans cause (requalifié d'injustifié par l'ordonnance), créé de longue date par la jurisprudence pour combler le vide juridique laissé par les deux précédents.

Les quasi-contrats n'étant pas les seules autres sources d'obligations que le contrat et la responsabilité extracontractuelle, l'intitulé du sous-titre III est donc « Autres sources d'obligations », et non « Des quasi-contrats ».

Ce sous-titre est divisé en trois chapitres, respectivement consacrés à chaque quasi-contrat régi par l'ordonnance. L'article 1300 donne une définition du quasi-contrat en son alinéa 1er et annonce dans son deuxième alinéa la subdivision du sous-titre en trois chapitres. Cette définition est suffisamment souple pour permettre au juge, le cas échéant, d'appréhender des comportements qui devraient entraîner des obligations d'indemnisation à la charge de leurs auteurs, en dépit du silence de la loi. En effet, l'énumération non exhaustive des quasi-contrats dans le second alinéa implique qu'il puisse exister des quasi-contrats innommés, dont le régime juridique n'est pas prévu par le code civil.

► Chapitre Ier : La gestion d'affaires

Le chapitre Ier est consacré à la gestion d'affaires, dont le régime est décrit aux articles 1301 à 1301-5. L'article 1301 donne une définition modernisée de la gestion d'affaires par rapport à celle de l'actuel article 1372, mais conforme au droit positif. Ce texte définit la gestion d'affaires comme un quasi-mandat, et suppose que le gérant d'affaires ait agi sciemment, sans que le maître n'en soit informé. Ce texte reprend les critères jurisprudentiels de l'utilité de l'intervention du gérant, permettant de distinguer les interventions bienvenues, ouvrant droit à indemnisation, des interventions intempestives, et celui de l'absence d'opposition du maître de l'affaire. En outre, il précise conformément à la jurisprudence que la gestion peut consister en la réalisation d'actes juridiques comme d'actes matériels.

L'article 1301-1 énonce les obligations du gérant, qui est assimilé au mandataire de cette affaire, et précise les conséquences de ses fautes de gestion sur son indemnisation : le gérant doit gérer l'affaire d'autrui comme une personne raisonnable, et mener l'affaire avec diligence et persévérance. Il peut engager sa responsabilité à l'égard du maître de l'affaire en cas de faute, mais sa responsabilité peut être atténuée, dans la mesure où il rend service. Il s'agit d'une reprise à droit constant des actuels articles 1373 et 1374 du code civil.

L'article 1301-2 reprend en ses deux premiers alinéas l'article 1375, dont il modernise la formulation. Il énonce les conséquences de la gestion d'affaires au regard des obligations qu'elle fait naître à la charge du maître de l'affaire : respecter les engagements contractés dans son intérêt (premier alinéa), et rembourser au gérant les dépenses faites dans son intérêt et l'indemniser des dommages subis à l'occasion de sa gestion (deuxième alinéa). Le troisième alinéa ajoute une précision conforme à la jurisprudence selon laquelle, par analogie avec l'article 2001 du code civil relatif aux avances faites par le mandataire, les sommes avancées par le gérant portent intérêt au jour du paiement.

L'article 1301-3 consacre la solution jurisprudentielle selon laquelle le maître qui ratifie, en connaissance de cause, la gestion est tenu par les engagements pris par le gérant. Le code civil actuel est muet sur ce point. Cette disposition est particulièrement utile lorsque toutes les conditions de la gestion d'affaires ne sont pas réunies.

L'article 1301-4 consacre en son premier alinéa la jurisprudence selon laquelle il peut y avoir gestion d'affaires, bien que la gestion ne soit pas entreprise dans l'intérêt exclusif du maître, c'est-à-dire si le gérant y est également intéressé. Dans ce cas, le second alinéa règle la question de la répartition des charges, dépenses et dommages engendrés par la gestion, qui se fait à hauteur des intérêts respectifs de chacun dans cette affaire commune.

Enfin, l'article 1301-5 permet l'indemnisation du gérant sur le fondement de l'enrichissement injustifié, lorsque toutes les conditions de la gestion d'affaires ne sont pas réunies, mais que l'action du gérant aura procuré un enrichissement au maître, à l'exemple du cas dans lequel le gérant n'aura pas « sciemment » géré l'affaire du maître.

► Chapitre II : Le paiement de l'indu

Le chapitre II est consacré au paiement de l'indu, dont le régime est régi par les articles 1302 à 1302-3 de l'ordonnance.

L'article 1302 reprend l'actuel article 1235, disposition qui figure parmi les textes consacrés au paiement, mais remplace le terme « répétition » par celui de « restitution », la répétition désignant étymologiquement la demande, tandis que la restitution en est le résultat. L'alinéa 1er rappelle simplement que tout paiement suppose une dette, et que ce qui a été reçu sans être dû doit être restitué. L'alinéa 2 mentionne une exception à ce principe : l'obligation naturelle (évoquée au second alinéa de l'article 1100) fait obstacle à la répétition de l'indu.

L'article 1302-1 reprend à droit constant l'actuel article 1376 relatif à l'indu objectif, cas de la personne qui paie une dette inexistante, et à l'un des cas d'indu subjectif, lorsqu'une personne s'acquitte d'une dette dont elle est bien la débitrice, mais entre les mains du mauvais créancier.

L'article 1302-2, reprenant à droit constant l'actuel article 1377, règle le second cas d'indu subjectif, c'est-à-dire lorsqu'une personne s'acquitte d'une dette dont il n'est pas le débiteur, entre les mains du bon créancier, soit du fait d'une erreur, soit à cause d'une contrainte. Il s'inspire de la jurisprudence pour en préciser le régime : le droit à remboursement cesse si le créancier a détruit son titre ou abandonné les sûretés qui garantissaient sa créance, afin qu'il ne pâtisse pas d'une erreur dont il n'est pas responsable et qu'il puisse retrouver la situation dans laquelle il se trouvait avant le paiement. Le second alinéa du texte consacre la jurisprudence s'appuyant jusqu'alors sur l'enrichissement injustifié, pour reconnaître à celui qui a payé un droit d'action directe contre celui dont la dette a été acquittée par erreur.

Enfin, l'article 1302-3 renvoie aux règles relatives aux modalités de restitution, placées dans un chapitre dédié du titre IV relatif au régime des obligations. Le second alinéa du texte revient sur la jurisprudence qui déduit de la somme répétée les dommages et intérêts auxquels celui qui a payé est condamné en réparation du préjudice causé à celui qui a reçu le paiement, lorsque le paiement procède d'une faute : la rédaction retenue est plus souple et permet au juge, le cas échéant, de tenir compte de la gravité de la faute pour réduire le montant des restitutions, et non pas seulement de l'importance du préjudice subi.

► Chapitre III : L'enrichissement injustifié

Le chapitre III traite en dernier lieu de l'enrichissement sans cause, qui est renommé enrichissement injustifié, par souci de clarté et par cohérence avec l'abandon du concept de cause dans l'ordonnance.

Le code civil actuel ne comporte aucun article consacré à l'enrichissement injustifié, bien qu'il connaisse des applications de ce principe, selon lequel nul ne peut s'enrichir injustement au détriment d'autrui, à l'exemple de son article 555 relatif aux constructions faites sur le terrain d'autrui.

La consécration de l'enrichissement sans cause comme source autonome d'obligation résulte d'une décision de la Cour de cassation du 15 juin 1892, qui affirme que lorsqu'une personne a procuré à une autre un avantage que ne justifie aucune cause légale ou contractuelle, elle a une action pour se faire restituer au nom du principe

supérieur selon lequel « nul ne peut s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui ». Le 9° de l'article 8 de la loi d'habilitation donne expressément compétence au Gouvernement pour introduire ce principe dans le code civil. L'article 1303 rappelle le caractère subsidiaire par rapport aux autres quasi-contrats, de l'action fondée sur l'enrichissement sans cause (action connue sous sa dénomination latine de *in rem verso*), et en décrit l'objet : compenser un transfert de valeurs injustifié entre deux patrimoines, au moyen d'une indemnité que doit verser l'enrichi à l'appauvri. Il consacre la jurisprudence bien établie selon laquelle l'action ne tend à procurer à la personne appauvrie qu'une indemnité égale à la moins élevée des deux sommes représentatives, l'une de l'enrichissement, l'autre de l'appauvrissement : ainsi, l'appauvri ne peut s'enrichir à son tour au détriment d'autrui en obtenant plus que la somme dont il s'était appauvri, et il ne peut réclamer davantage que l'enrichissement car une telle action constituerait en réalité une action en responsabilité qui lui est par hypothèse fermée (conformément à l'article 1303-3 de l'ordonnance).

L'article 1303-1 énonce simplement quand un enrichissement doit être qualifié d'injustifié : lorsqu'il ne résulte ni de l'exécution d'une obligation par l'appauvri, ni d'une intention libérale.

L'article 1303-2 contribue à fixer les contours de l'enrichissement injustifié, en prévoyant les cas dans lesquels l'indemnisation de l'appauvri est exclue ou modérée. Est ainsi exclue l'indemnisation de celui dont l'appauvrissement procède d'un acte effectué en vue de son seul profit personnel, et peut être modérée, voire supprimée, l'indemnisation de celui dont l'appauvrissement résulte d'une faute. Ces règles sont directement issues de la jurisprudence en la matière.

L'article 1303-3 consacre, d'une façon plus générale que le rappel formulé à l'article 1303, le caractère subsidiaire de l'action de *in rem verso* affirmé par la jurisprudence. Ainsi cette action ne peut ni servir à contourner les règles d'une action contractuelle, extracontractuelle ou légale dont l'appauvri dispose, ni suppléer une autre action qu'il ne pourrait plus tenter suite à un obstacle de droit, telle une prescription, une déchéance, une forclusion, ou encore en raison de l'autorité de chose jugée.

Enfin, l'article 1303-4 pose les modalités d'évaluation de l'indemnisation de l'appauvri : l'existence de l'appauvrissement est constatée au jour de la dépense, celle de l'enrichissement au jour de la demande, et leur évaluation est en revanche faite au jour le plus proche du versement de l'indemnité, soit au jour du jugement. Cette solution, qui fait de l'indemnité de restitution une dette de valeur, prend le contre-pied d'une jurisprudence critiquée en doctrine. Elle est en outre conforme à celle retenue par le code civil dans les cas d'enrichissement injustifiés qu'il régit spécialement aux articles 549, 555, 566, 570, 571, 572, 574 et 576. Le second alinéa vient apporter une exception aux modalités de détermination de l'indemnité de l'appauvri en cas de mauvaise foi de l'enrichi : la plus forte des deux valeurs sera retenue, à titre de sanction.

III. - L'article 3 de l'ordonnance introduit dans le code civil un titre consacré au régime général des obligations. En effet, actuellement, le code ne lui consacre aucune partie. Il ne contient que des dispositions disséminées, de surcroît lacunaires, sur cette question d'une importance pratique considérable. L'ordonnance crée donc un titre IV qui traite en cinq chapitres des modalités de l'obligation, des opérations sur obligations, des actions ouvertes au créancier, de l'extinction des obligations, et des restitutions. Selon la même logique que celle retenue dans le titre II consacré aux contrats, le plan retenu permet ainsi de traduire au mieux les différentes phases de la vie des obligations : les aménagements dont elles peuvent faire l'objet depuis leur naissance ; la circulation ou les modifications auxquelles elles peuvent donner lieu ; leur protection qui en assurent l'effectivité au créancier ; l'extinction des obligations et enfin les restitutions qu'entraîne leur anéantissement.

► Chapitre Ier : Les modalités de l'obligation

Ce chapitre est divisé en trois sections dédiées respectivement à l'obligation conditionnelle, l'obligation à terme et l'obligation plurale.

Section 1 : L'obligation conditionnelle

De multiples dispositions aujourd'hui consacrées à l'obligation conditionnelle dans le code civil, dont nombre apparaissent inutiles. La présente ordonnance s'emploie donc à simplifier les règles du code, en supprimant les dispositions tombées en désuétude et en modernisant la rédaction des textes pour faciliter leur compréhension, sans néanmoins remettre en cause les solutions jurisprudentielles acquises.

L'article 1304 commence ainsi par donner une définition générale de l'obligation conditionnelle, qui s'inspire des textes actuels du code civil et de la doctrine majoritaire, puis définit la condition suspensive et la condition résolutoire. Ainsi, en présence d'une condition suspensive, la naissance de l'obligation est suspendue à l'accomplissement de cette condition : tant que la condition n'est pas réalisée, l'obligation conditionnelle n'existe qu'en germe, seul l'accomplissement de la condition rend l'obligation pure et simple. En présence d'une condition résolutoire, l'obligation naît immédiatement et produit tous ses effets, mais son anéantissement est subordonné à l'accomplissement de la condition. La typologie des conditions qui figure aujourd'hui dans le code civil (condition casuelle, potestative, mixte), dénuée de portée pratique, est en revanche abandonnée.

L'article 1304-1 reprend les dispositions actuelles du code civil sur l'exigence de licéité de la condition, à peine de nullité de l'obligation. Il abandonne en revanche, à l'instar de droits étrangers, l'exigence de possibilité, superflue, voire inopportune. En effet, si la condition suspensive porte sur une chose impossible, l'obligation qui en dépend ne peut prendre naissance, faute pour la condition de pouvoir se réaliser, et elle n'est donc pas nulle, et à l'inverse, lorsque la condition résolutoire est impossible, la condition ne s'accomplira pas et les effets du contrat ne seront pas remis en cause, sans qu'une nullité de l'obligation ne se justifie.

Les articles 1304-2 et 1304-3 reprennent les règles du code civil. Le premier traite de la nullité des obligations contractées sous une condition purement potestative de la part du débiteur, qu'il s'agisse d'une condition suspensive ou résolutoire. Le second considère la condition comme réputée accomplie (en cas de condition suspensive) ou défaillie (s'il s'agit d'une condition résolutoire), lorsque son accomplissement a été empêché (condition suspensive) ou provoqué (condition résolutoire) par la partie qui y avait intérêt. L'article 1304-4 consacre quant à lui la règle jurisprudentielle selon laquelle la partie dans l'intérêt exclusif de laquelle la condition a été stipulée, peut y renoncer tant que celle-ci n'est pas accomplie. Il en résulte a contrario qu'une renonciation ne peut intervenir après la défaillance de la condition suspensive, ce qui met fin à la controverse doctrinale et aux incertitudes jurisprudentielles sur ce point. L'ordonnance privilégie ici une conception classique et objective de la condition : le contrat est automatiquement anéanti lorsque défaille la condition suspensive, afin d'éviter la remise en question du contrat bien après cette défaillance. Bien sûr, la partie qui avait intérêt à la condition pourra toujours y renoncer après cette défaillance si elle obtient l'accord de son cocontractant.

L'article 1304-5, précisant les droits et obligations des parties lorsque la condition est pendante, rappelle les droits du créancier prévus par l'actuel article 1180 et complète le code civil en indiquant que le débiteur obligé sous condition suspensive doit s'abstenir de tout acte qui empêcherait la bonne exécution de l'obligation. L'alinéa 2 précise, conformément au droit positif, que l'on peut demander la restitution de ce qui a été payé tant que la condition suspensive ne s'est pas accomplie, ce qui permet de distinguer la condition suspensive du terme (cf. article 1305-2 de l'ordonnance).

L'article 1304-6 clarifie les effets de la réalisation de la condition suspensive : il ne reprend pas le principe de l'effet rétroactif de la réalisation de la condition suspensive, actuellement prévu dans le code civil et source de complexité, mais prévoit au contraire que l'obligation devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition, tout en rappelant que cette règle n'a qu'un caractère supplétif. Le caractère rétroactif de la condition suspensive est en effet inutile, puisque cette condition ne produit pas réellement d'effet tant qu'elle est pendante (pendante conditionne) : le créancier ne dispose que d'un droit conditionnel et le débiteur se comporte en pratique comme le propriétaire, les risques de la chose demeurant à sa charge comme le rappelle l'alinéa 2. Le dernier alinéa dispose explicitement, ce que ne fait pas le code civil dans sa rédaction actuelle, qu'en cas de défaillance de la condition suspensive, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé.

L'article 1304-7 aborde enfin les effets de l'accomplissement de la condition résolutoire, et opte à l'inverse pour sa rétroactivité, ce qui correspond à l'analyse dominante actuelle, en précisant toutefois qu'il n'affecte pas les actes conservatoires et d'administration. En effet, contrairement à la condition suspensive, la condition résolutoire produit tant qu'elle est pendante les effets d'une obligation pure et simple ; la rétroactivité en cas de réalisation de cette condition permettra donc une annulation des actes passés et des restitutions, pour retrouver la situation où se trouvaient les parties avant la conclusion de l'obligation. Le deuxième alinéa réserve la convention contraire des parties et écarte la rétroactivité si les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat. Cette solution est cohérente avec celle retenue à l'article 1229 relatif aux effets de la résolution du contrat.

► Section 2 : L'obligation à terme

Cette section reprend les solutions du droit positif sur le terme suspensif.

L'article 1305 donne une définition de l'obligation à terme qui reprend celle communément admise par la doctrine. L'article 1305-1 alinéa 1er précise que le terme peut être exprès ou tacite. L'alinéa 2 prévoit, à défaut d'accord des parties sur le terme, la possibilité pour le juge de le fixer en tenant compte de la nature de l'obligation et de la situation des parties. Une telle intervention judiciaire, qui permet de maintenir le contrat, est déjà consacrée par la jurisprudence - en dehors même du contrat de prêt pour lequel elle est prévue aux articles 1900 et 1901 du code civil.

Les articles 1305-2 à 1305-4 reprennent en substance les textes actuels du code civil, tels que complétés par la jurisprudence, sur l'absence d'exigibilité avant terme et le sort du paiement effectué avant terme, sur la détermination du bénéficiaire du terme et la renonciation au bénéfice du terme, sur la déchéance du terme en l'absence de constitution des sûretés promises par le débiteur ou en cas de diminution des sûretés qui garantissent l'obligation. L'article 1305-5 consacre enfin la jurisprudence constante de la Cour de cassation sur l'inopposabilité de la déchéance du terme aux coobligés, même solidaires (ce qui inclut les garants), dans la mesure où la déchéance est par nature une sanction personnelle.

► Section 3 : L'obligation plurielle

Cette section traite successivement de la pluralité d'objets et de la pluralité de sujets.

► Sous-section 1 : La pluralité d'objets

Le code civil ne régit actuellement que les obligations alternatives, par lesquelles le débiteur s'engage à fournir une prestation parmi plusieurs déterminées, à son choix ou au choix du créancier suivant les cas. Or deux autres types d'obligations à objet plural, connues depuis longtemps et dont le régime est désormais bien arrêté, doivent trouver leur place dans un code civil rénové : l'obligation cumulative, qui a pour objet plusieurs prestations également dues, et l'obligation facultative, qui ne comporte qu'une seule prestation due, mais dont le débiteur peut se libérer en fournissant une autre prestation, déterminée d'avance. Par ailleurs, les articles 1192 à 1195 du code civil relatifs à l'obligation alternative sont inutilement longs et complexes et il est donc proposé une simplification de ces textes.

Ainsi, l'article 1306 donne désormais une définition de l'obligation cumulative, qui permet d'en déterminer le régime : l'obligation cumulative est celle en vertu de laquelle le débiteur est cumulativement tenu de plusieurs obligations ; elle ne s'éteint que lorsque le débiteur a fourni toutes les prestations, contrairement à l'obligation alternative.

L'article 1307 définit ensuite l'obligation alternative. L'article 1307-1 reprend la règle du code civil selon laquelle le choix entre les différentes prestations appartient au débiteur, puis règle la situation, sur laquelle le code civil actuel reste silencieux, dans laquelle le titulaire de l'option ne ferait pas connaître son choix, dans le délai fixé ou dans un délai raisonnable, en permettant à l'autre partie, après mise en demeure, d'exercer ce choix ou de résoudre le contrat. Il reprend enfin dans son dernier alinéa la solution jurisprudentielle sur le caractère définitif du choix exercé. Les articles 1307-2 à 1307-4 sont relatifs aux conséquences de l'impossibilité d'exécution d'une prestation. Dans l'hypothèse où la prestation a été choisie, l'impossibilité d'exécuter par force majeure libère le débiteur (article 1307-2). Lorsque le choix de la prestation n'a pas encore été effectué, la solution varie selon que le choix de la prestation appartenait au débiteur (article 1307-3) ou au créancier (article 1307-4). L'article 1307-5

envisage l'hypothèse où toutes les prestations deviennent impossibles.

L'article 1308 introduit enfin dans le code civil l'obligation facultative, dont la définition et le régime soulèvent peu de discussion. Dès lors que l'option pour une autre prestation appartient au seul débiteur, contrairement à l'obligation alternative, il est apparu cohérent que l'impossibilité d'exécuter la prestation principale convenue par suite d'un cas de force majeure libère ce dernier, sans qu'il soit tenu d'effectuer la prestation subsidiaire.

► Sous-section 2 : La pluralité de sujets

Cette sous-section regroupe les règles gouvernant les obligations comportant au moins deux créanciers ou deux débiteurs.

L'article 1309 affirme en introduction le principe essentiel de division des obligations - dette ou créance - entre les parties initiales, comme entre les héritiers de chaque partie, et ce par parts égales conformément à une règle traditionnelle. Cette règle de division entre les successeurs s'applique d'ailleurs également aux obligations solidaires. Dans un souci de simplification du vocabulaire utilisé, il a été fait le choix de ne pas introduire dans le code l'expression doctrinale d'obligation « conjointe » pour désigner l'obligation à pluralité de sujets, une telle qualification étant dénuée de portée pratique et source de confusion. Ce texte préliminaire annonce par ailleurs les tempéraments qui font l'objet des deux paragraphes qui suivent : la solidarité (§1) et l'obligation indivisible (§2).

► Paragraphe 1 : L'obligation solidaire

Au sein du paragraphe 1 consacré aux obligations solidaires, l'article 1310 pose uniquement une règle générale, qui existe déjà dans le code civil : la solidarité résulte du contrat ou de la loi, et ne se présume pas, qu'elle soit active ou passive. Le texte ne procède, à dessein et dans un souci de clarté pour les praticiens, à aucune qualification théorique de cette solidarité, laquelle est source d'importants débats doctrinaux.

Les articles 1311 et 1312 sont ensuite consacrés à la solidarité entre créanciers (solidarité active) et s'inspirent des textes actuels du code civil : ils rappellent que chaque créancier solidaire peut exiger mais également recevoir le paiement de toute la dette, lequel libère le débiteur à l'égard de tous ; que le débiteur est libre de payer le créancier de son choix tant qu'il n'est pas poursuivi par l'un d'eux ; et que l'acte qui interrompt ou suspend la prescription à l'égard de l'un des créanciers solidaires, profite aux autres créanciers.

Les articles 1313 à 1319 sont quant à eux consacrés à la solidarité entre débiteurs (solidarité passive). L'article 1313 définit les effets de la solidarité passive, sans modifier le droit positif. L'article 1314 reprend l'actuel article 1207 du code civil sur le point de départ des intérêts. L'article 1315 précise, en adoptant une formulation clarifiée, les règles gouvernant l'opposabilité des exceptions par un codébiteur solidaire, en opérant une distinction entre les exceptions communes à tous les codébiteurs, celles qui sont personnelles au codébiteur poursuivi, qu'il peut opposer, et celles qui sont personnelles à d'autres codébiteurs, qu'il ne peut opposer au créancier mais dont il peut se prévaloir pour faire réduire le montant total de la dette si elles ont eu pour effet d'éteindre la part divisée d'un autre codébiteur. Il a été fait le choix, dans un souci de meilleure lisibilité de notre droit, de donner les principaux exemples d'exceptions concernées, qui ne sont toutefois pas exhaustifs. L'article 1316 reprend la règle existante dans le code civil, relative au maintien de la créance sur les autres codébiteurs solidaires en cas de remise de solidarité consentie par le créancier à l'un seulement des codébiteurs. La libération des autres codébiteurs à hauteur de la part de celui qui a été déchargé, ne vaut néanmoins que si la remise de solidarité s'est accompagnée d'un paiement du débiteur. A contrario le créancier conserve dans le cas contraire son action pour le tout contre les autres codébiteurs. L'article 1317 reprend en un seul texte les différentes règles contenues dans le code civil sur la contribution à la dette entre codébiteurs. L'article 1318 maintient la règle actuelle du code civil selon laquelle le débiteur qui a payé n'a pas de recours contre le codébiteur solidaire non intéressé à la dette, ce dernier ayant en revanche un recours pour le tout s'il a payé. Enfin l'article 1319 introduit une disposition nouvelle dans notre droit positif visant à régler la question pratique des conséquences sur les codébiteurs, de l'inexécution de l'obligation imputable à l'un ou plusieurs d'entre eux seulement, en distinguant les relations des codébiteurs envers le créancier, de la charge définitive de cette inexécution entre codébiteurs.

► Paragraphe 2 : L'obligation à prestation indivisible

Le paragraphe 2 est composé d'un article unique consacré à l'obligation à prestation indivisible (article 1320), remplaçant les articles 1217 à 1225 du code civil. Ce texte répond à un objectif de simplification : il rappelle que l'indivisibilité peut résulter de la nature de la prestation ou de la convention des parties et qu'elle se caractérise par le droit pour chaque créancier d'exiger et de recevoir le paiement du tout, et de l'obligation pour chacun des débiteurs de payer le tout. Le troisième alinéa rappelle que les mêmes règles valent pour les successeurs des créanciers et débiteurs, afin d'éviter le fractionnement de la dette, ce qui constitue la principale particularité de l'obligation indivisible par rapport à la solidarité.

► Chapitre II : Les opérations sur obligations

Par souci de clarté, ce chapitre regroupe sous son intitulé générique, des opérations qui, bien que diverses, présentent des liens de parenté évidents. Les deux premières sections sont consacrées aux opérations translatives d'obligations que sont la cession de créance et la cession de dette - la cession de contrat figurant dans le chapitre relatif aux effets du contrat, pour les raisons précédemment exposées. Les deux suivantes traitent de deux autres figures classiques du droit des obligations que sont la novation et la délégation.

► Section 1 : La cession de créance

L'ordonnance propose de moderniser le régime de la cession de créance, pour faciliter la transmissibilité des obligations, conformément au vœu des acteurs économiques, et adapter les textes devenus inadaptés à une époque où la circulation des obligations n'est plus un phénomène marginal mais est devenue d'application quotidienne. Actuellement présentée dans les contrats spéciaux (dans le titre consacré à la vente), la cession de créance trouve plus logiquement sa place au sein des textes sur le régime général des obligations, dans la mesure où elle peut porter sur tout type d'obligations.

L'article 1321 définit tout d'abord la cession de créance (alinéa 1er) et en fixe le champ d'application : créance présente ou future, déterminée ou déterminable, conformément à la jurisprudence (alinéa 2), puis rappelle le principe de la transmission des accessoires de la créance (alinéa 3). Conformément à la jurisprudence, l'alinéa 4 ne fait pas du consentement du débiteur une condition, mais il introduit une exception, lorsque la créance a été stipulée incessible. L'ordonnance exige un écrit, requis pour sa validité, pour constater la cession, contrairement au droit positif, et à l'instar de ce qui est prévu pour le nantissement de créance (article 1322). En contrepartie de cette nouvelle exigence, il facilite conformément aux attentes l'opération. Unanimentement critiquée comme trop coûteuse et inutile, la formalité particulièrement lourde de la signification par huissier ou de l'acceptation du débiteur par acte authentique, aujourd'hui prévue par l'article 1690 du code civil pour l'opposabilité aux tiers, est supprimée. L'article 1323 prévoit désormais un transfert immédiat entre les parties, et une opposabilité immédiate aux tiers, à la date de l'acte, ce qui permet d'aligner le régime de la cession de créance de droit commun sur celui du nantissement de créance, de la cession de créance réalisée dans le cadre d'une fiducie et de la cession de créance professionnelle. Le texte prévoit également une disposition spécifique pour la cession de créance future, qui n'opère quant à elle qu'au jour de la naissance de la créance, tant entre les parties que vis-à-vis des tiers. Enfin, pour être opposable au débiteur, la cession doit lui avoir été notifiée ou il doit en avoir pris acte, ces conditions étant très assouplies par rapport à l'actuel article 1690. Le texte précise également qu'une telle notification est inutile dans l'hypothèse où le débiteur aurait consenti à la cession (cet accord n'étant nullement une condition de la cession de créance, comme le rappelle expressément l'article 1321 alinéa 4) (article 1324).

Le régime de la cession de créance est par ailleurs précisé par de nouvelles dispositions qui ne figurent pas dans le code civil et permettent une meilleure lisibilité du mécanisme : sur les exceptions opposables par le débiteur, avec un souci de précision et d'illustration répondant à un objectif de sécurité juridique, en distinguant les exceptions inhérentes à la dette et celles nées des rapports du débiteur avec le cédant avant que la cession lui soit opposable (article 1324 alinéa 2), sur la charge des frais de la cession (article 1324 alinéa 3), sur la règle de conflit en cas de concours entre des cessionnaires successifs d'une créance (article 1325) et sur la garantie du cédant (article 1326).

Il convient de souligner que l'ordonnance ne propose pas la suppression de la procédure de retrait litigieux, qui permet d'éviter la spéculation, en mettant un terme au litige en cours portant sur les droits cédés, par le remboursement au cessionnaire (acquéreur du droit) du prix que celui-ci avait payé au cédant. Ce dispositif figure en effet toujours aux articles 1699 à 1701 du code civil relatifs au contrat de vente, lesquels ne sont pas supprimés et que l'article 1701-1 créé par la présente ordonnance rend a contrario applicable aux cessions de créance.

► Section 2 : La cession de dette

La cession de dette, absente du code civil, a été créée par la pratique et permet à un débiteur de se libérer d'une dette en donnant à son créancier un autre débiteur. Compte tenu de l'importance de cette opération pour les praticiens, d'ailleurs connue dans de nombreuses législations étrangères, et admise en droit interne par la jurisprudence, il est apparu essentiel de l'introduire dans le code civil. Le texte présenté vise également à en aménager précisément le régime, pour éviter les incertitudes jurisprudentielles qui existent aujourd'hui quant à sa portée et ainsi garantir une plus grande sécurité juridique.

Le texte tranche une première difficulté quant au régime de la cession de dette, en faisant apparaître dans sa définition qu'elle ne peut intervenir qu'avec l'accord du créancier cédé, compte tenu de l'importance évidente de la personne du débiteur pour le créancier (article 1327). Cet accord du créancier peut intervenir au moment de la cession mais également par avance. Le texte précise que le créancier cédé, s'il avait donné son accord à l'avance et n'est pas intervenu à l'acte de cession, ne peut s'en prévaloir que du jour où elle lui a été notifiée, ou auquel il en a pris acte (article 1327-1). Le texte précise ensuite l'effet libératoire de la cession de dette, qui exige également un consentement du créancier : la libération du débiteur, pour l'avenir, a lieu seulement si le créancier consent expressément à cette libération, à défaut, le débiteur cédant reste engagé, solidairement avec le débiteur cessionnaire (article 1327-2). Est ensuite exposé le régime de l'opposabilité des exceptions, par le débiteur substitué et le débiteur originaire, le cas échéant, au créancier, en distinguant les exceptions inhérentes à la dette et les exceptions personnelles (article 1328). Enfin, est fixé le sort des sûretés, réelles et personnelles, qui garantissaient la créance, selon que le débiteur originaire a été ou non déchargé par le créancier (article 1328-1).

► Section 3 : La novation

Si une partie de la doctrine conteste l'utilité de cette opération, la jurisprudence importante en la matière, parfois incertaine, témoigne de la persistance de son utilisation et invite à la maintenir dans le code civil en y consacrant une section et en simplifiant sa présentation.

L'alinéa 1er de l'article 1329 propose une définition de la novation, absente du code civil, qui insiste sur ses caractéristiques : l'extinction d'une obligation et la naissance corrélatrice d'une obligation nouvelle. L'alinéa 2 énumère ensuite les trois modes classiques de la novation : par substitution de l'obligation entre les mêmes parties, par changement de débiteur, ou par changement de créancier. L'ordonnance expose ensuite les conditions de la novation : le consentement tout d'abord, puisque la novation ne se présume pas (article 1330). Il n'est pas apparu utile de préciser que la preuve de l'intention de nover est néanmoins libre, ce qui relève du droit commun de la preuve. L'article 1331 rappelle ensuite la condition relative à la validité des obligations, ancienne et nouvelle. Est également reprise la règle du code civil selon laquelle la novation par changement de débiteur ne requiert pas nécessairement l'intervention du débiteur initial (article 1332), ce qui la distingue de la cession de dette. Au contraire, la novation par changement de créancier requiert le consentement du débiteur et les conditions de son opposabilité aux tiers sont précisées, à l'instar de la cession de créance (article 1333). Les deux articles suivants présentent enfin les effets de la novation. L'article 1334 règle le sort des sûretés et autres accessoires de l'obligation éteinte par novation, de façon plus lisible que les dispositions actuelles du code civil, parfois obscures. Enfin sont reprises dans un dernier article les dispositions du code civil sur la libération des codébiteurs solidaires et des cautions, avec une précision par rapport au droit actuel sur la libération des cofidélitateurs, qui n'opère qu'à concurrence de la part contributive de la caution dont l'obligation a fait l'objet de la novation (article 1335).

► Section 4 : La délégation

La présente ordonnance propose une présentation clarifiée de la délégation, actuellement évoquée dans le code civil uniquement dans les dispositions relatives à la novation. La délégation n'opérant pas toujours novation, ce mécanisme trouve naturellement sa place parmi les opérations sur obligations. Concept ambivalent, la délégation donne lieu aujourd'hui à des interprétations parfois confuses. Les quatre articles proposés visent donc à définir plus clairement le régime de la délégation.

Le premier article définit la délégation, présentée comme une opération triangulaire - sans que soit exigée l'existence de rapports juridiques préexistants entre délégué et délégant ni entre délégant et délégataire - avant d'en donner l'une des spécificités : l'inopposabilité par le délégué au délégataire des exceptions tirées de ses rapports avec le délégant ou des rapports entre délégant et délégataire (article 1336). L'ordonnance distingue les deux variétés traditionnelles de délégation : la délégation dite parfaite ou novatoire, qui opère novation par changement de débiteur, le délégataire acceptant - de manière expresse - de décharger le délégant (article 1337) et la délégation dite imparfaite ou simple, qui donne au créancier délégataire un second débiteur, le délégué, sans libérer le délégant (article 1338). Le dernier article consacré à la délégation introduit, afin de mettre fin à des incertitudes doctrinales et jurisprudentielles, des dispositions nouvelles sur le sort de l'obligation du délégué envers le délégant, dans l'hypothèse où ce dernier était le créancier du délégué, ce qui est le cas le plus souvent (article 1339) : la dette du délégué à l'égard du délégant ne peut s'éteindre qu'avec l'exécution de l'obligation nouvelle assumée par le délégué (alinéa 1er) ; jusqu'à cette extinction, la créance du délégant sur le délégué n'est ni disponible ni saisissable (alinéas 2 et 3) ; en cas de délégation novatoire, la libération du délégant par le délégataire libère aussi le délégué à l'égard du délégant à concurrence du montant de son engagement envers le délégataire (alinéa 4).

Un cinquième article précise, pour la distinguer de la novation et de la délégation, ce qu'est la notion voisine d'indication de paiement, déjà définie dans le code civil (article 1340).

► Chapitre III : Les actions ouvertes au créancier

Ce chapitre présente les principales prérogatives dont dispose le créancier d'une obligation pour en obtenir l'exécution.

Il rappelle en premier lieu que le créancier a droit à l'exécution de l'obligation (article 1341), principe général que le code civil ne formule pas explicitement actuellement, avant d'évoquer les actions spécifiques ouvertes au créancier. Il précise que le créancier peut contraindre le débiteur défaillant à l'exécution, dans les conditions prévues par la loi, ce qui renvoie aux règles des procédures d'exécution.

L'ordonnance décrit ensuite le régime de l'action oblique (article 1341-1) et de l'action paulienne (article 1341-2). L'action oblique permet au créancier, sous certaines conditions, d'exercer un droit ou une action que le débiteur néglige d'exercer. Conformément au droit positif, le bénéfice de l'action ne profite cependant pas directement au créancier agissant mais intègre le patrimoine du débiteur, sur lequel il viendra en concours avec les autres créanciers du débiteur. S'agissant de l'action paulienne, le texte précise qu'elle a pour effet de rendre l'acte frauduleux inopposable au créancier agissant, sanction traditionnellement admise, et consacre l'exigence jurisprudentielle selon laquelle le tiers cocontractant doit avoir eu connaissance de la fraude, lorsqu'il s'agit d'un acte à titre onéreux.

Le chapitre se clôt par une disposition sur les actions directes en paiement, absentes du code civil, qui vise à énoncer que ces actions existent dans les cas déterminés par la loi (article 1341-3). Un tel texte au sein du code civil, même s'il ne fait que renvoyer aux textes spéciaux, a paru utile compte tenu de l'importance pratique des actions directes en paiement. L'atteinte portée par les actions directes en paiement contre le débiteur de son débiteur, à l'effet relatif des conventions et au principe d'égalité des créanciers, par dérogation au droit commun, justifie qu'elles ne puissent résulter que d'une disposition légale. Ce texte n'est toutefois relatif qu'aux actions directes en paiement et ne concerne pas les actions directes en responsabilité ou en

garantie, de sorte que les solutions jurisprudentielles actuelles, notamment sur les chaînes translatives de propriété, ne sont pas affectées par ce texte.

► Chapitre IV : L'extinction de l'obligation

Ce chapitre consacré à l'extinction de l'obligation traite du paiement, de la compensation, de l'impossibilité d'exécuter, de la remise de dette et de la confusion.

► Section 1 : Le paiement

Le paiement, pourtant essentiel en pratique, est succinctement traité dans le code civil. Afin de présenter de façon complète les règles applicables en cette matière, sont traitées successivement les dispositions générales applicables au paiement, les règles particulières au paiement des obligations de sommes d'argent, la mise en demeure et enfin la modalité spéciale de paiement que constitue le paiement avec subrogation.

► Sous-section 1 : Dispositions générales

Les onze articles qui composent cette sous-section proposent tout d'abord une définition du paiement, absente aujourd'hui du code civil, et de ses effets (libération du débiteur à l'égard du créancier et extinction de la dette, sauf quand la loi ou le contrat prévoit une subrogation dans les droits du créancier), avant de préciser successivement qui peut payer et à qui le paiement doit être fait pour être valable (articles 1342 à 1342-3), sans modification du droit positif. L'article 1342-3 consacre notamment la jurisprudence relative à la théorie de l'apparence. Il est ensuite rappelé que le créancier peut refuser un paiement partiel ou accepter de recevoir autre chose que ce qui lui est dû (article 1342-4), conformément au droit actuel. Plusieurs articles sont consacrés à la réalisation du paiement, afin de renforcer la lisibilité des règles applicables. Les règles sur l'exécution d'une dette de corps certain (article 1342-5) appliquent l'adage « res perit domino » (« la perte d'une chose est pour le propriétaire » : le débiteur n'est tenu de livrer ou restituer le corps certain que dans l'état où il se trouve lors de la livraison ou de la restitution) ainsi que les règles de la responsabilité civile (le débiteur qui a manqué à son obligation de conservation devant réparer le préjudice causé). Par ailleurs, l'ordonnance rappelle le principe (supplétif) du caractère quérable du paiement (article 1342-6). L'article suivant précise que le débiteur prend en charge les frais du paiement. L'article 1342-8 met fin à une incertitude jurisprudentielle en affirmant clairement le principe de la liberté de la preuve du paiement. L'ordonnance précise ensuite la valeur probante de la remise volontaire au débiteur (ou l'un de ses codébiteurs solidaires), par le créancier, de son titre de créance (article 1342-9). En dernier lieu, l'article 1342-10 indique qu'en cas de pluralité de dettes de même nature exigibles concomitamment, l'imputation est laissée au seul choix du débiteur, puis fixe des directives générales d'imputation des paiements, simplifiées par rapport aux textes actuels, à défaut de manifestation de volonté du débiteur.

► Sous-section 2 : Dispositions particulières aux obligations de sommes d'argent

Les obligations de sommes d'argent présentent des particularités justifiant de consacrer une partie distincte aux règles propres à leur paiement. Cette sous-section s'ouvre sur la consécration expresse du nominalisme monétaire (principe selon lequel le débiteur doit verser la somme correspondant au montant nominal de sa dette, même si la valeur de la monnaie a varié), érigé en principe par la jurisprudence, sous deux réserves toutefois : tout d'abord, ce principe peut être atténué par le jeu de l'indexation, prévue par certaines lois spéciales ; par ailleurs, la dette de valeur (qui consiste à fournir un avantage économique variable selon les circonstances et qui suppose d'en actualiser le montant au jour de son exécution) fait exception à ce principe (article 1343). Sont ensuite consacrées les solutions traditionnelles sur le paiement de l'obligation avec intérêt : libération du débiteur par le versement du capital et des intérêts, imputation du paiement partiel, exigence d'un écrit pour fixer un intérêt, caractère annuel de l'intérêt (article 1343-1). L'article 1343-2 reprend ensuite, dans un souci de cohérence, la règle existant dans le code civil sur la capitalisation des intérêts. Sont également consacrées les règles jurisprudentielles en vigueur sur la monnaie de paiement, en France, d'une obligation de somme d'argent (article 1343-3). Par dérogation au principe énoncé à la sous-section précédente, l'article 1343-4 pose la règle de portabilité du paiement des obligations de somme d'argent, qui s'explique par des raisons techniques, liées à la généralisation de la monnaie scripturale (chèque, virement, paiement par carte bancaire). Enfin sont conservées, mais rassemblées en un seul article, les dispositions existantes du code civil sur le report ou l'échelonnement du paiement des dettes par décision judiciaire (article 1343-5).

► Sous-section 3 : La mise en demeure

► Paragraphe 1 : La mise en demeure du débiteur

Dans un paragraphe 1, les dispositions sur la mise en demeure du débiteur, actuellement éparpillées dans le code civil, sont simplifiées et réunies en trois articles. Le premier énumère les formes de la mise en demeure (sommation ou acte dont il ressort une interpellation suffisante), et rappelle aussi que le contrat peut prévoir que la seule exigibilité de l'obligation met le débiteur en demeure de payer (article 1344). L'article suivant élargit à toutes les obligations la portée de l'article 1231-6 relatif au contrat, en précisant l'incidence de la mise en demeure de payer une somme d'argent : elle fait courir des intérêts moratoires (article 1344-1). Cet article ne vise que les intérêts au taux légal, par cohérence avec l'article 1231-6 qui reprend l'actuel article 1153 du code civil. Compte tenu du caractère supplétif du texte, il est en effet apparu inutile de rappeler que les parties peuvent prévoir que la mise en demeure fera courir des intérêts à un taux conventionnellement fixé. Le troisième article précise que la mise en demeure de délivrer une chose met à la charge du débiteur non propriétaire les risques de la chose, par dérogation à la règle selon laquelle le propriétaire supporte les conséquences de la perte de la chose, consacrée à l'article 1196 de l'ordonnance : après une telle mise en demeure, l'acheteur devenu propriétaire n'a plus à payer le prix si la chose a péri par force majeure, à moins que le débiteur ne prouve que la chose aurait également péri si elle lui avait été délivrée (en vertu de l'article 1351-1 de l'ordonnance).

► Paragraphe 2 : La mise en demeure du créancier

Actuellement, dans le code civil, il n'existe pas de pendant à la mise en demeure du débiteur, pour régler la situation dans laquelle le créancier refuse de recevoir le paiement. Le paragraphe 2 consacre donc de nouvelles dispositions relatives à la mise en demeure du créancier par le débiteur, ayant pour effet l'arrêt du cours des intérêts et le transfert des risques de la chose à la charge du créancier (article 1345).

Afin de permettre au débiteur de se libérer malgré l'obstruction du créancier, les articles 1345-1 à 1345-3 consacrent un nouveau dispositif moins contraignant que la procédure actuelle des offres réelles, qui est très critiquée : le débiteur peut se libérer en consignat la somme due ou en séquestrant la chose devant être livrée (l'article 1345-1 alinéa 2 réservant l'hypothèse où le séquestre est impossible ou trop onéreux) ; lorsque l'obligation porte sur un autre objet, le débiteur peut se libérer si l'obstruction du créancier n'a pas pris fin dans les deux mois de la mise en demeure.

► Sous-section 4 : Le paiement avec subrogation

La subrogation, souvent considérée aujourd'hui comme une opération purement translatrice de créance, est délibérément maintenue dans le chapitre consacré à l'extinction de l'obligation, dans la section relative au paiement, ce qui permet de rappeler qu'elle est indissociablement liée à un paiement fait par un tiers, qui libère un débiteur - totalement ou partiellement - envers son créancier, et qu'elle ne constitue pas une opération translatrice autonome, mais une modalité du paiement.

Déjà connue du code civil, elle fait l'objet de règles rénovées. L'ordonnance étend tout d'abord largement le champ d'application de la subrogation légale : dépassant les hypothèses spécifiques figurant aujourd'hui dans le code civil ainsi que dans divers textes spéciaux, le bénéfice de la subrogation légale est ainsi généralisé à toute personne qui, y ayant un intérêt légitime, paie la dette d'autrui, dès lors que ce paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de la dette (article 1346), ce qui répond à la jurisprudence actuelle, très libérale dans son interprétation des textes. L'exigence d'un intérêt légitime au paiement permet néanmoins d'encadrer la subrogation légale et d'éviter qu'un tiers totalement étranger à la dette et qui serait mal intentionné (dans des relations de concurrence par exemple) puisse bénéficier de la subrogation légale. Compte tenu de cette généralisation de la subrogation légale, il aurait pu être envisagé de supprimer la subrogation conventionnelle ex parte creditoris (c'est-à-dire de la part du créancier), qui semblait dès lors inutile. Toutefois, les inquiétudes formulées par de nombreux professionnels, qui ont souligné la fréquence du recours à la subrogation conventionnelle dans la pratique des affaires, notamment dans des techniques de financement telles que l'affacturage, justifient de la maintenir, afin de ne pas créer d'insécurité juridique (article 1346-1). L'ordonnance s'inspire du droit positif pour la subrogation par le débiteur (ex parte debitoris), au profit du prêteur de deniers avancés pour payer sa dette, et maintient l'exigence d'un acte authentique lorsque la subrogation est consentie sans l'accord du créancier, afin d'éviter tout risque de fraude (article 1346-2). Le régime de la subrogation, s'il s'inspire des solutions classiques prévues dans le code civil ou admises par la jurisprudence, est néanmoins clarifié : sur les droits du créancier, auquel la subrogation ne peut nuire (l'article 1346-3 reprenant l'article 1252), sur la transmission des accessoires de la créance et sur l'intérêt auquel peut prétendre le subrogé (article 1346-4), sur l'opposabilité de la subrogation au débiteur et aux tiers et sur les exceptions que peut opposer le débiteur au créancier subrogé - les règles étant rendues sur ce point identiques à celles de la cession de créance, dans un souci de cohérence et de lisibilité (article 1346-5).

► Section 2 : La compensation

A ce jour, le code civil ne traite que de la compensation légale, ignorant la compensation judiciaire et la compensation conventionnelle. En outre, les textes sont lacunaires au regard de l'évolution de la pratique. Les règles de la compensation ont donc été refondues. Afin d'adopter la présentation la plus pertinente et la plus lisible, cette section aborde, dans une première sous-section, les règles générales de la compensation puis, dans une seconde sous-section, les règles particulières de compensation.

► Sous-section 1 : Règles générales

Dans un souci pédagogique, l'article 1347 commence par donner une définition générique de la compensation (alinéa 1er) et en précise l'effet (alinéa 2) : la compensation éteint les obligations au jour où ses conditions sont réunies, à condition qu'elle ait été invoquée. Actuellement, un débat existe en effet : certains soutiennent que la compensation doit opérer automatiquement, comme semble l'exiger l'article 1290 du code civil qui prévoit qu'elle opère de plein droit lorsque les conditions en sont réunies, tandis que la jurisprudence exige, dans une interprétation contraire au texte, qu'elle soit invoquée. La rédaction adoptée permet de mettre fin à ces incertitudes. L'ordonnance reprend ensuite les dispositions actuelles du code civil, moyennant une simplification et parfois l'ajout de précisions. Il expose tout d'abord les conditions positives de la compensation, relatives aux qualités requises des obligations : caractère fongible (défini à cette occasion), certain, liquide et exigible (article 1347-1). L'article suivant précise ensuite quelles sont les obligations qui ne sont pas compensables, sauf accord du créancier. Le texte rappelle à droit constant que le délai de grâce ne fait pas obstacle à la compensation (article 1347-3), et précise les règles d'imputation des paiements en cas de pluralité de dettes compensables (article 1347-4). L'article 1347-5 reprend les dispositions de l'actuel article 1295 sur l'inopposabilité au cessionnaire de la compensation par le débiteur qui a pris acte sans réserve de la cession de créance. L'article 1347-6 rappelle l'opposabilité par la caution au créancier de l'exception de compensation intervenue entre ce dernier et le débiteur principal, conformément au caractère accessoire de la caution par rapport à la dette principale ; s'agissant du codébiteur solidaire, s'il ne peut opposer la compensation intervenue au profit d'un de ses coobligés, il peut se prévaloir de la diminution de la dette totale qui en résulte, comme le prévoit l'article 1315. L'article 1347-7 synthétise les actuels articles 1298 et 1299 pour indiquer que la compensation ne préjudicie pas aux droits acquis par les tiers.

► Sous-section 2 : Règles particulières

Trois hypothèses sont envisagées, dans lesquelles la compensation ne répond pas à toutes les conditions générales requises : le juge a la faculté de prononcer la compensation judiciaire lorsque l'une des obligations n'est pas liquide ou exigible (article 1348), cette faculté étant utilisée en pratique sur le fondement de textes du code de procédure civile mais ignorée du code civil. Si la compensation de dettes connexes n'est pas nécessairement judiciaire, l'article 1348-1 rappelle que le juge ne peut refuser la compensation de dettes connexes, au seul motif que l'une d'elle n'est pas liquide ou exigible, conformément à la jurisprudence. Enfin, l'article 1348-2 consacre dans le code civil la compensation conventionnelle : les parties peuvent librement décider la compensation de leurs dettes, conformément au principe de liberté contractuelle.

► Section 3 : La confusion

Les règles du code civil sur la confusion ont été réécrites dans un objectif de clarification mais les solutions du droit positif sont inchangées. L'ordonnance propose tout d'abord une définition de la confusion, qui s'inspire de la définition actuelle et met en exergue son effet extinctif, réserve faite toutefois expressément des droits acquis par ou contre des tiers (article 1349). L'article 1349-1 règle ensuite la question de l'incidence de la confusion en cas de solidarité entre plusieurs débiteurs ou entre plusieurs créanciers (alinéa 1er) puis en présence d'une caution (alinéa 2).

► Section 4 : La remise de dette

La remise de dette fait l'objet de longs développements dans le code civil, lequel n'en propose toutefois pas de définition. L'article 1350 définit la remise de dette, en précisant qu'il s'agit d'un contrat, qui suppose donc l'accord des deux parties. Par ailleurs, des règles rénovées régissent la portée de la remise de dette sur les autres coobligés et les cautions : l'article 1350-1 prend le contrepied de l'actuel article 1285, en supposant, de façon plus réaliste, que le créancier n'entend pas faire bénéficier tous les codébiteurs solidaires de la remise de dette consentie à l'un d'eux. Par ailleurs sont reprises, de manière clarifiée, les règles actuelles du code civil sur la libération des cautions (article 1350-2).

► Section 5 : L'impossibilité d'exécuter

L'impossibilité d'exécution vise l'hypothèse dans laquelle le débiteur, subissant une contrainte qu'il ne peut surmonter, se trouve irrémédiablement empêché d'accomplir sa prestation. Il doit alors, dans certaines conditions, être libéré de sa dette. C'est pourquoi cette question trouve sa place dans ce chapitre, plutôt que dans la partie consacrée à l'inexécution contractuelle. Sont reprises synthétiquement les conditions classiques en droit positif (actuels articles 1302 et 1303 du code civil) auxquelles est subordonnée la libération du débiteur : que l'impossibilité procède d'un cas de force majeure et que le débiteur n'ait pas convenu d'en assumer le risque ni n'ait encore été mis en demeure (article 1351). Toutefois, même s'il est en demeure, le débiteur d'une obligation de délivrance peut se libérer en cas de perte de la chose due, s'il prouve que la perte se serait également produite si l'obligation avait été exécutée (article 1351-1).

► Chapitre V : Les restitutions

Le code civil ne consacre actuellement aucune disposition propre aux restitutions après anéantissement du contrat, et ne contient que quelques règles éparées sur la mise en œuvre de ce mécanisme, telles que les dispositions relatives à la répétition de l'indu, dont la jurisprudence s'est inspirée pour régler le sort des restitutions en matière contractuelle. Il est donc consacré un chapitre propre aux restitutions, destiné à unifier la matière et à s'appliquer à toutes formes de restitutions, qu'elles soient consécutives à l'annulation, la résolution, la caducité ou encore la répétition de l'indu.

L'article 1352 commence ainsi par poser le principe de la restitution en nature - qui ne vaut toutefois que pour la restitution d'une chose autre qu'une somme d'argent - et précise, pour le cas où une telle restitution en nature est impossible et se fait par équivalent monétaire, la date à laquelle la valeur à restituer doit être appréciée. L'article 1352-1 traite de la charge des dégradations et détériorations qui ont diminué la valeur de la chose restituée, en distinguant selon la bonne foi et la responsabilité de celui qui restitue. L'article 1352-2 vise quant à lui l'hypothèse dans laquelle la chose restituée a été vendue, pour prévoir, en cas de bonne foi seulement, une restitution limitée au prix de vente, par exception au principe d'évaluation posé à l'article 1352. Les articles 1352-3 à 1352-5 fixent l'étendue de la restitution, selon l'objet de l'obligation à restituer. L'article 1352-3 détermine l'étendue de la restitution d'une chose autre qu'une somme d'argent, en proposant des solutions nouvelles. Contrairement au droit positif, les fruits doivent être restitués sans que cette restitution dépende de la bonne ou mauvaise foi du débiteur de la restitution. Par ailleurs, l'ordonnance renverse la jurisprudence actuelle de la chambre mixte de la Cour de cassation, en accordant la compensation de la jouissance que la chose a procurée, qui apparaît comme un équivalent économique des fruits que la chose aurait pu produire.

L'article 1352-4 reprend en le simplifiant l'actuel article 1312 du code civil sur les restitutions dues par un mineur ou un majeur protégé et prévoit la réduction de ces restitutions à proportion du profit retiré de l'acte annulé.

L'article 1352-5 traite des dépenses nécessaires de conservation et des dépenses d'amélioration, exposées par celui qui doit restituer la chose.

L'article 1352-6 détermine ensuite l'étendue de la restitution d'une somme d'argent, qui inclut les intérêts au taux légal et les taxes acquittées.

L'article 1352-7 fixe, de manière commune, à partir de quel moment sont dus les intérêts, les fruits ou la valeur de la jouissance, en distinguant de manière classique selon que celui qui les a reçus est de bonne ou de mauvaise foi.

L'article 1352-8 fixe une règle propre à la restitution d'une prestation de service, pour prévoir qu'elle a lieu en valeur et que son évaluation se fait à la date à laquelle elle a été fournie. Cette disposition prend le contrepied de la jurisprudence qui analyse la prestation de service induite comme un cas d'enrichissement sans cause.

Enfin, l'article 1352-9 porte sur les sûretés, qui sont reportées sur l'obligation de restituer, ce qui généralise la solution consacrée par la jurisprudence en matière de prêt d'argent, tout en préservant les droits de la caution, qui pourra invoquer le bénéfice du terme.

IV. - L'article 4 de l'ordonnance introduit dans le code civil un titre IV bis sur la preuve des obligations, en lieu et place de celui sur la responsabilité du fait des produits défectueux, qui devient un chapitre du sous-titre II du titre III consacré à la responsabilité civile extracontractuelle.

En effet, le 12° de l'article 8 de la loi d'habilitation habilite le Gouvernement à « clarifier et simplifier l'ensemble des règles applicables à la preuve des obligations ; en conséquence, énoncer d'abord celles relatives à la charge de la preuve, aux présomptions légales, à l'autorité de chose jugée, aux conventions sur la preuve et à l'admission de la preuve ; préciser, ensuite, les conditions d'admissibilité des modes de preuve des faits et des actes juridiques ; détailler, enfin, les régimes applicables aux différents modes de preuve ».

► Titre IV : BIS DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS

La création d'un titre dédié au droit de la preuve des obligations permet de le détacher du droit des contrats, dans lequel sont formellement enfermées les dispositions relatives à la preuve dans le code civil actuel, alors que la doctrine et la jurisprudence, appelant de leurs vœux l'élaboration d'un droit général de la preuve, s'accordent pour faire application de ces règles à toute preuve civile, et pas seulement à la preuve des obligations nées d'un contrat.

Ce nouveau titre IV bis est composé de trois chapitres consacrés aux dispositions générales en la matière, à l'admissibilité des modes de preuve, et aux différents modes de preuve. Le plan adopté est foncièrement différent de celui suivi par l'actuel chapitre VI du titre III. Le plan de ce nouveau titre reflète exactement les termes de l'habilitation donnée, et propose une présentation claire des grandes questions relatives à la preuve, en s'attachant d'abord à poser des dispositions générales constituant une théorie générale du droit de la preuve, avant de présenter ensuite les conditions d'admissibilité des modes de preuve, et de détailler enfin ces différents modes de preuve.

► Chapitre Ier : Dispositions générales

Le chapitre Ier intitulé « Dispositions générales » est composé de cinq articles qui posent les principes généraux du droit de la preuve et contribuent ainsi à clarifier la distinction entre les règles relevant du droit substantiel de la preuve, et celles relevant du droit processuel de la preuve, prévu au titre VII du code de procédure civile en ses articles 132 à 322.

L'article 1353 reprend l'article 1315 du code civil qui consacre la règle relative à la charge de la preuve, ayant pour fonction essentielle en pratique de déterminer qui supporte le risque de la preuve : c'est à celui sur lequel pèse la charge de la preuve de succomber lorsqu'il existe un doute sur la réalité de ce qu'il avance.

L'article 1354, relatif aux présomptions légales, qui synthétise les actuels articles 1350 et 1352 en deux alinéas, trouve sa place dans les dispositions générales dans la mesure où ces dernières allègent la charge de la preuve, contrairement aux présomptions judiciaires qui constituent un mode de preuve particulier. Ces présomptions légales ont toutes pour effet de dispenser de preuve, mais non de « toute preuve », car elles peuvent n'avoir comme effet que de déplacer l'objet de la preuve, et non d'en dispenser totalement le demandeur. Ainsi de la présomption de paternité qui ne dispense pas de toute preuve, puisque si elle dispense de la preuve de la paternité, c'est seulement par le déplacement de l'objet de la preuve vers le fait que l'enfant a été conçu pendant le mariage. Le second alinéa définit les différentes présomptions, qui sont établies spécialement par le législateur, selon leur force probante : présomptions simples, mixtes, irréfragables.

L'article 1355 reprend l'actuel article 1351 du code civil qui consacre une présomption légale essentielle : l'autorité de la chose jugée, attribut des jugements bénéficiant d'une présomption irréfragable de vérité.

L'article 1356 consacre, en l'encadrant, la liberté contractuelle en matière de preuve. En effet, le code civil actuel ne prévoit pas de dispositions sur les contrats relatifs à la preuve, hormis l'article 1316-2, alors que la jurisprudence en admet la validité et qu'ils sont très usités en matière bancaire ou de télécommunications.

L'ordonnance pose des conditions relatives aux contrats sur la preuve : ils ne peuvent porter que sur des droits dont les parties ont la libre disposition ; ils ne peuvent contredire les présomptions légales irréfragables, ni établir des présomptions irréfragables au bénéfice d'une partie.

L'article 1357 fait enfin le lien avec les textes précités du code de procédure civile portant également sur la preuve.

► Chapitre II : L'admissibilité des modes de preuve

Le chapitre II expose ensuite des dispositions générales concernant l'admissibilité des modes de preuve.

L'article 1358 pose le principe de liberté de la preuve, sauf disposition légale contraire. Ce principe n'était pas affirmé de façon aussi limpide dans le code actuel, mais se déduisait de la confrontation des dispositions des articles 1341 et 1348. Le principe est désormais posé, et concerne autant les faits juridiques que les actes juridiques, en dehors des exceptions légales.

L'article 1359 énonce au terme de quatre alinéas les exceptions générales au principe de liberté de la preuve introduit à l'article précédent.

Le premier alinéa s'inspire de l'actuel article 1341 et est conforme au droit positif. Il énonce que doivent nécessairement être prouvés par un écrit (sous signature privée ou authentique) les actes juridiques portant sur une valeur ou une somme excédant un montant fixé par décret, actuellement de 1 500 €. En effet, l'écrit n'étant pas exigé à titre de validité du contrat, en vertu du principe du consensualisme, la sécurité des transactions rend indispensable l'exigence de la preuve par écrit.

Le second alinéa, également inspiré de l'article 1341, prévoit qu'il ne peut être prouvé outre ou contre un écrit que par un écrit, et ce quelle que soit la valeur ou le montant sur lequel porte l'obligation en cause, et sa source, acte ou fait juridique.

Les troisième et quatrième alinéas reprennent les articles 1343 et 1344 en modifiant leur formulation pour plus de clarté et de rigueur : celui dont le montant ou la valeur de l'obligation excède le seuil fixé par décret ne peut réduire sa demande pour échapper à l'exigence probatoire d'un écrit sous seing privé ou authentique. Cette règle exclut qu'un artifice procédural permette de contredire une règle de fond trouvant sa raison dans la nécessaire sécurisation des transactions.

L'article 1360 s'inspire du premier alinéa de l'actuel article 1348. Il fixe une règle d'exception au principe lui-même d'exception énoncé à l'article précédent, en cas d'impossibilité de se procurer un écrit. Ce texte ajoute en outre l'usage, consacré de longue date par la jurisprudence, aux causes d'impossibilité de se procurer un écrit.

L'article 1361 rassemble quant à lui les exceptions spéciales à l'article 1359, disséminées aux articles 1347 alinéa 1, 1356 et 1363 du code civil actuel. En effet, l'usage des moyens de preuve spécifiques que sont l'aveu, le serment et le commencement de preuve par écrit corroboré par un autre moyen de preuve, permettent de suppléer l'écrit exigé pour la preuve des actes juridiques concernés.

L'article 1362 reproduit les deux derniers alinéas de l'actuel article 1347 qui définit le commencement de preuve par écrit. Le troisième alinéa s'inspire de l'actuel article 1336, mais allège les conditions dans lesquelles la transcription d'un acte sur les registres publics peut servir de commencement de preuve par écrit.

► Chapitre III : Les différents modes de preuve

Le chapitre III traite successivement des différents modes de preuve, dont il établit le régime juridique. Ce chapitre est divisé en cinq sections correspondant respectivement à l'écrit, au témoignage, à la présomption judiciaire, à l'aveu, et au serment.

► Section 1 : La preuve par écrit

La section 1 relative à l'écrit est subdivisée en six paragraphes consacrés d'abord aux dispositions générales, puis aux dispositions propres à chaque type d'écrit. Par souci de simplicité, l'ordonnance ne retient pas la

distinction entre les termes d'acte et d'écrit (correspondant à la distinction classique entre le support écrit de l'acte, dit « instrumentum », et l'opération qu'il constate, dit « negotium »), et maintient donc les désignations traditionnelles d'acte authentique et acte sous signature privée.

► Sous-section 1 : Dispositions générales

La sous-section 1 est consacrée aux dispositions générales qui s'appliquent à tous les écrits détaillés ensuite aux paragraphes suivants.

L'article 1363 consacre tout d'abord dans le code civil un principe essentiel du droit de la preuve, consacré par une jurisprudence constante de la Cour de cassation, selon lequel nul ne peut se constituer de preuve à soi-même. Conformément à la jurisprudence la plus récente, la portée de ce principe est limitée à la preuve des actes juridiques.

L'article 1364 introduit ensuite le principe selon lequel la preuve d'un acte juridique peut être préconstituée par un écrit en la forme authentique ou sous signature privée. Ce texte répond à un souci de sécurité juridique, en permettant aux parties de se préconstituer une preuve de leur accord, l'écrit valant alors à titre de preuve, mais non pour la validité de l'acte.

Les articles 1365 et 1366 reprennent les définitions de l'écrit et de l'écrit électronique des articles 1316 et 1316-1 du code civil actuel, seule la référence aux modalités de transmission, inutile car étrangères à la substance de l'écrit ainsi défini, étant abandonnée pour le premier. L'article 1366 reprend en outre l'affirmation du principe énoncé à l'article 1316-3 selon lequel l'écrit sur support électronique, tel qu'il le définit, a la même force probante que l'écrit sur support papier.

L'article 1367 s'inspire de l'article 1316-4 dont il se contente d'améliorer la formulation dans son premier alinéa définissant la signature. L'alinéa second, strictement identique à celui de l'article 1316-4, ne nécessite aucune modification quant à la définition de la signature électronique et de ses effets juridiques, conformes à l'article 25 du règlement européen n° 910/2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur (eIDAS). En effet, c'est le décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique qui devra être modifié, pour préciser que la signature électronique présumée fiable, prévue par le code civil, est la signature « qualifiée » au sens du règlement.

Enfin, l'article 1368 s'inspire de l'actuel article 1316-2 du code civil, pour proposer une règle de conflits de preuves.

► Sous-section 2 : L'acte authentique

La sous-section 2 détaille en trois articles le régime juridique de l'acte authentique.

L'article 1369 reprend la définition donnée par l'actuel article 1317 en améliorant sa formulation et en intégrant la jurisprudence de la Cour de cassation par l'ajout de l'exigence de qualité de l'officier public à établir l'acte. Ce texte intègre, en outre, en son troisième alinéa la dispense de mention manuscrite prévue à l'actuel article 1317-1.

L'article 1370 est la reprise de l'actuel article 1318, qui rappelle qu'en cas de nullité de l'acte authentique, celui-ci conserve une valeur probante, puisqu'il vaut comme écrit sous signature privée s'il a été signé des parties.

L'article 1371 reformule en le clarifiant l'actuel article 1319 : les énonciations relatives à des faits que l'officier public a constatés par lui-même et dont il a pu vérifier l'exactitude, font foi jusqu'à inscription de faux. A contrario, celles relatives à des faits qu'il n'a pas constatés par lui-même, et non évoquées par le texte, ne font par conséquent foi que jusqu'à preuve contraire. L'alinéa 2 propose un texte adapté aux évolutions de la procédure d'inscription de faux (qui lorsqu'elle est engagée à titre principal, n'exige plus une saisine préalable du juge pénal) et laisse le juge apprécier l'opportunité de suspendre l'exécution de l'acte authentique.

► Sous-section 3 : L'acte sous signature privée

La sous-section 3 est ensuite consacrée à l'acte sous signature privée. Ce sont les actes rédigés par les parties elles-mêmes ou par un tiers dépourvu de la qualité d'officier public, en ce compris l'acte contresigné par avocat.

L'ordonnance adopte une terminologie modernisée, puisqu'il remplace l'expression « sous seing privé » par celle de « sous signature privée » pour qualifier les actes juridiques concernés.

L'article 1372 est une reprise de l'actuel article 1322, au terme duquel l'acte sous signature privée fait pleine foi de la convention qu'il renferme. L'assimilation de la force probante de l'acte sous signature privée à celle de l'acte authentique est abandonnée car inexacte, les parties pouvant dénier leur écriture ou leur signature, ou encore rapporter la preuve de l'inexactitude de ses énonciations par la production d'un autre écrit.

L'article 1373 reprend les articles 1323 et 1324 du code civil actuel qu'il synthétise dans une formulation plus claire, prévoyant qu'il y a vérification d'écriture, dont la procédure est prévue aux articles 287 et suivants du code de procédure civile, lorsqu'une partie désavoue sa signature dans l'acte qui lui est opposé.

L'article 1374 codifie les dispositions des articles 66-3-2 et 66-3-3 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, modifiée par la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 qui a introduit l'acte contresigné par avocat. Celui-ci est une variété particulière d'acte sous signature privée qui a une force probante accrue. En effet, il fait pleine foi de l'écriture et de la signature des parties, tant à leur égard qu'à celui de leurs héritiers ou ayants cause, qui ne peuvent donc plus dénier

ou ne pas reconnaître les signatures figurant sur l'acte. Elles ne peuvent pas recourir à la procédure de vérification d'écriture, mais doivent recourir à celle de faux, définie aux articles 299 à 302 du code de procédure civile, qui est distincte de la procédure d'inscription de faux contre les actes authentiques. L'article 1375 est inspiré de l'actuel article 1325 du code civil sur la preuve du contrat synallagmatique. La rédaction est modifiée pour mieux faire apparaître que ce texte pose une condition de preuve et non une condition de validité de cet acte sous signature privée. L'alinéa 1er consacre la jurisprudence de la Cour de cassation dispensant de l'exigence d'une pluralité d'originaux lorsque les parties ont choisi de déposer l'acte entre les mains d'un tiers.

L'article 1376 reprend à droit constant l'article 1326 actuel (relatif aux actes constatant un engagement unilatéral portant sur une somme d'argent ou un bien fongible), dont il modifie légèrement la formulation pour, à l'instar de l'article précédent, lever toute ambiguïté sur le caractère des mentions requises, qui ne sont pas des conditions de validité de l'acte unilatéral mais bien des conditions de preuve. Cette importante disposition est destinée à éviter les abus de blanc seing et à faire prendre conscience au signataire de la mesure de son engagement.

Enfin, l'article 1377 reprend en le modernisant l'article 1328, énonçant les trois événements conférant date certaine à l'acte sous signature privée à l'égard des tiers.

► Sous-section 4 : Autres écrits

La sous-section 4 intitulée « Autres écrits » traite des registres des commerçants, des documents domestiques, et des mentions libératoires, qui ne sont pas des actes sous seing privé. Ils permettent de prouver un acte juridique, mais n'ont cependant pas la même valeur que l'acte sous seing privé, puisque la preuve contraire par tous moyens en est admise. L'ordonnance d'ordonnance propose donc de leur consacrer un paragraphe spécifique et d'ajouter un article fixant explicitement cette règle.

Ainsi, l'article 1378 reprend les articles 1329 et 1330 qu'il synthétise et modernise, la référence aux « marchands » étant abandonnée au profit du terme « professionnels », dont les documents et registres font foi à leur encontre, sans que celui qui s'en prévaut ne puisse en diviser les mentions pour n'en retenir que celles qui lui sont favorables.

Ensuite, l'article 1378-1 est une reprise de l'actuel article 1331, dont la terminologie a seulement été légèrement modifiée pour la mettre en cohérence avec la rédaction modernisée de l'ensemble de l'ordonnance. Il fait application du principe selon lequel nul ne peut se constituer de preuve à lui-même consacré à l'article 1363 du texte, et prévoit deux cas dans lesquels un écrit domestique fait foi contre son auteur.

L'article 1378-2 concerne quant à lui la valeur probatoire de la mention d'une cause de libération sur un titre original cette fois-ci, et non sur un écrit domestique. Ce texte s'inspirant de l'actuel article 1332 établit une présomption de libération du débiteur du fait d'une mention en ce sens du créancier sur le titre original ou son double, lorsqu'il est entre les mains du débiteur. Il s'agit d'une présomption simple, la mention du paiement ayant pu être portée par erreur.

► Sous-section 5 : Les copies

La sous-section 5, composée du seul article 1379, définit et dresse le régime probatoire de la copie d'un acte. En effet, le code civil ne dispose pour lors d'aucun régime unifié et cohérent de la copie, puisque celle-ci ne fait foi qu'en cas de subsistance de l'original, dont la production peut toujours être exigée. Pourtant l'alinéa 2 de l'article 1348 issu de la loi n° 80-525 du 12 juillet 1980 pose une exception « lorsqu'une partie ou le dépositaire n'a pas conservé le titre original et présente une copie qui en est la reproduction non seulement fidèle mais aussi durable. Est réputée durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support. ». De surcroît, la jurisprudence interprète largement ce dernier texte.

L'évolution des technologies impliquant une conception plus large de l'écrit qui ne se matérialise plus nécessairement sur papier, et consécutivement une multiplication des techniques de reproduction, le régime juridique de la copie devait impérativement être revu.

C'est pourquoi l'article 1379 définit la copie et en fixe la valeur probante en un texte unique, qui pose un nouveau principe selon lequel la copie fiable a la même force probante que l'original, peu important que celui-ci subsiste ou pas, et peu important l'origine, le cas échéant, de la disparition de l'original. L'archivage électronique, enjeu majeur pour les entreprises et administrations, s'en trouvera grandement facilité. La fiabilité de la copie est laissée à l'appréciation souveraine du juge, mais le texte fixe une présomption irréfragable de fiabilité de la copie exécutoire ou authentique d'un écrit lui-même authentique, et une présomption simple de fiabilité pour les autres copies présentant certaines caractéristiques techniques. La fiabilité d'une copie s'entend des qualités de fidélité à l'original d'une part, et de durabilité dans le temps d'autre part. Si cette fiabilité est irréfragablement présumée pour la copie exécutoire ou authentique d'un écrit lui-même authentique en raison de l'auteur de cette copie, elle ne l'est que simplement pour les autres copies, qui doivent répondre à des critères bien précis pour d'évidentes raisons de sécurité juridique. C'est pourquoi le deuxième alinéa du texte présume fiable jusqu'à preuve du contraire, la copie simple résultant d'une reproduction à l'identique de la forme et du contenu de l'acte (critère de fidélité à l'original) et dont l'intégrité est garantie dans le temps (critère de durabilité). Les caractéristiques techniques des procédés utilisés, destinés à garantir la fidélité à l'original et la durabilité de la copie, et entraînant le bénéfice de cette présomption, seront définies par décret en Conseil d'état, aux fins de permettre au texte de survivre aux évolutions technologiques futures.

Ce nouveau texte achève de placer sur le même plan l'écrit sur support papier et l'écrit sur support électronique, dont le régime juridique, et par conséquent celui de leurs copies, doit être le même, afin de prendre en compte les évolutions technologiques.

En tout état de cause, si l'original subsiste, sa production pourra toujours être ordonnée par le juge, mais sa

subsistance ne conditionne plus la valeur probatoire de la copie.

Enfin, l'ordonnance n'ayant pas retenu la distinction entre les termes d'acte et écrit, ces dispositions relatives à la copie seront bien applicables à la preuve d'un fait juridique.

► Sous-section 6 : Les actes recognitifs

La sous-section 6, composée du seul article 1380, s'inspire de l'actuel article 1337 dont la rédaction a été simplifiée. Etabli pour reconnaître un droit déjà constaté par un acte antérieur (dénommé, par opposition, acte primordial), l'acte recognitif n'est pas une simple copie, puisqu'il porte, comme le titre ancien, la signature des parties. L'acte recognitif ne fait foi qu'autant qu'il reproduit la teneur de l'acte primordial. Si l'acte primordial est produit et qu'une différence apparaît entre les deux titres, c'est toujours l'acte primordial qui prévaut : ce que l'acte recognitif contient de plus ou de différent n'a aucun effet.

► Section 2 : La preuve par témoins

La section 2 se compose du seul article 1381 et porte sur la force probante des témoignages, régulièrement recueillis dans les conditions du code de procédure civile, qui est laissée à l'appréciation du juge. Il s'agit de la consécration d'une jurisprudence bien établie. Il ne faut cependant pas déduire du texte que seraient dénués de toute force probante les témoignages recueillis dans des conditions ne respectant pas les prescriptions du code de procédure civile, qui conservent une force probante, mais nécessairement moindre. La preuve par témoin peut compléter un commencement de preuve par écrit, pour suppléer à l'exigence d'une preuve écrite (cf. supra l'article 1361).

► Section 3 : La preuve par présomption judiciaire

La section 3, consacrée à la preuve par présomption judiciaire, est composée de l'article 1382, qui modernise la formulation de l'actuel article 1353. L'expression « appréciation du juge », qui n'en devra pas moins être éclairée et prudente, remplace « les lumières et la prudence » du magistrat auxquelles était « abandonnée » l'appréciation de la présomption non établie par la loi. Le texte encadre la possibilité de prouver par présomptions judiciaires : le juge ne peut les admettre que si elles sont graves, précises et concordantes, et seulement lorsque la preuve peut être rapportée par tout moyen.

► Section 4 : L'aveu

La section 4 est relative à un type particulier de témoignage, qui est l'aveu.

L'article 1383 propose dans son premier alinéa une définition de l'aveu, aujourd'hui absente du code civil. La définition retenue par l'ordonnance est une définition doctrinale consacrée par la jurisprudence de la Cour de cassation. Ensuite, le texte annonce la nature des différents aveux, judiciaire ou extrajudiciaire, objets des articles suivants.

L'article 1383-1 élabore le régime juridique de l'aveu extrajudiciaire en s'inspirant de l'actuel article 1355 du code civil et en y ajoutant un second alinéa consacrant la jurisprudence en la matière, qui laisse sa valeur probatoire à l'approbation du juge.

L'article 1383-2 porte quant à lui sur l'aveu judiciaire. Il reprend l'actuel article 1356 dont il allège et simplifie la formulation.

► Section 5 : Le serment

La section 5 est consacrée au serment, bien que celui-ci demeure rarement usité. L'ordonnance retient le même plan que celui du code civil actuel.

L'article 1384 commence par distinguer le serment décisoire, déféré par une partie à l'autre, du serment déféré d'office par le juge à l'une des parties. Il sert également d'annonce aux deux paragraphes composant la section, respectivement consacrés au serment décisoire, et au serment déféré d'office. Il s'agit d'une reprise de l'article 1357 actuel, dont la formulation a été simplifiée.

► Sous-section 1 : Le serment décisoire

La sous-section 1 est consacrée au serment décisoire qu'une partie peut déférer à l'autre : il s'agit pour une partie de s'en remettre à la parole de l'autre et à sa probité, pour déterminer l'issue du litige.

L'article 1385 est une reprise de l'actuel article 1358, disposant que le serment peut être déféré sur quelque contestation que ce soit. L'ordonnance ajoute qu'il peut être déféré en tout état de cause.

L'article 1385-1 réunit les actuels articles 1359 et 1362 du code civil, délimitant le domaine factuel du serment, qui ne peut porter que sur un fait personnel de la partie à qui il est déféré ou par qui il est référé. L'article 1385-2 est une réécriture simplifiée de l'actuel article 1361, sur l'effet du refus du serment par une partie, qui succombe alors dans sa prétention. L'article 1385-3 réunit les actuels articles 1363 et 1364 du code civil. Il est relatif à la force probante du serment, qui est absolue : la fausseté du serment ne peut être rapportée. L'article 1385-4 est une reprise de l'article 1365, à l'exception de la suppression de l'adverbe « néanmoins » qui créait une opposition entre les alinéas 1 et 2 qui sont en réalité indépendants. Il régit les effets du serment en cas de pluralité de débiteurs.

► Sous-section 2 : Le serment déféré d'office

La sous-section 2 est consacrée au serment décisoire que le juge peut déférer d'office à une partie. L'article 1386 combine les articles 1366 et 1368 en abandonnant certaines précisions inutiles. Le texte précise désormais que la valeur probante du serment supplétoire est laissée à la libre appréciation du juge. L'article 1386-1 est une réécriture simplifiée de l'article 1367, énonçant les cas dans lesquels le juge peut déférer le serment.

► Titre II : DISPOSITIONS DE COORDINATION

V. - L'article 5 énumère dans ses 1° à 4°, 7° et 10° les textes du code civil opérant des renvois à des articles modifiés par l'ordonnance, et qui devront donc être à leur tour modifiés en conséquence pour tenir compte de la nouvelle numérotation adoptée.

Le 5° de l'article 5 crée un nouvel article 931-1 pour reprendre les dispositions des actuels articles 1339 et 1340 du code civil sur la confirmation des donations qui trouvent plus logiquement leur place dans le titre II relatif aux libéralités.

Le 6° procède à une modification de fond du chapitre VIII du titre VI du livre III, afin de sortir de son champ d'application le transfert des créances désormais régi par les dispositions spécifiques dédiées à la cession de créance, aux articles 1321 à 1326 de l'ordonnance. Ainsi, la référence à la créance disparaît de l'intitulé du chapitre VIII du titre VI du livre III et des articles 1689 et 1693. Les articles 1692, 1694 et 1695 sont quant à eux abrogés. Enfin, un nouvel article 1701-1 est inséré, disposant explicitement que « Les articles 1689 et 1698 ne s'appliquent pas aux cessions régies par les articles 1321 à 1326 du présent code. »

Le 8° supprime ensuite l'article 1964 relatif à la définition du contrat aléatoire, compte-tenu de la nouvelle définition donnée par le second alinéa de l'article 1108.

Le 9° déplace la procédure simplifiée de recouvrement des petites créances introduite à l'article 1244-4 du code civil par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques dans le code des procédures civiles d'exécution, où elle trouve plus naturellement sa place.

VI. - L'article 6 comprend des dispositions assurant la coordination des textes extérieurs au code civil, opérant des renvois à des articles modifiés par l'ordonnance, et qui devront donc être à leur tour modifiés en conséquence pour tenir compte de la nouvelle numérotation adoptée.

► Titre III : DISPOSITIONS RELATIVES À L'OUTRE-MER

VII. - Les articles 7 et 8 étendent expressément l'application de la présente ordonnance à Wallis-et-Futuna et prévoient les dispositions relatives aux autres collectivités d'outre-mer.

► Titre IV : DISPOSITIONS TRANSITOIRES ET FINALES

VIII. - L'article 9 énonce les dispositions transitoires et finales, afin d'assurer la bonne application dans le temps de la présente ordonnance.

Le premier alinéa fixe la date d'entrée en vigueur de la présente ordonnance au 1er octobre 2016, et l'alinéa suivant rappelle le principe de la survie de la loi ancienne en matière contractuelle, afin de ne pas susciter d'interrogation sur ce point : les contrats conclus antérieurement à cette date demeureront soumis à la loi en vigueur au jour de leur conclusion. Toutefois, l'alinéa 3 prévoit quelques exceptions à ce principe. Ainsi, les actions interrogatoires créées par les articles 1123 alinéas 3 et 4, 1158 et 1183, s'appliqueront aux contrats en cours dès l'entrée en vigueur de l'ordonnance : il s'agit en effet de dispositifs d'ordre procédural destinés à permettre à une partie de mettre fin à une situation d'incertitude, qui ne portent nullement atteinte aux contrats en cours et dont l'emploi est à la discrétion des intéressés.

Enfin, toujours dans un souci de sécurité juridique, le dernier alinéa fixe une règle relative à l'application du droit nouveau sur les litiges en cours au jour de l'entrée en vigueur de l'ordonnance.

Tel est l'objet de la présente ordonnance que nous avons l'honneur de soumettre à votre approbation.

Veillez agréer, Monsieur le Président, l'assurance de notre profond respect.

Annexe 4

Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

LOIS

LOI n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (1)

NOR : JUSC1612295L

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Article 1^{er}

L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations est ratifiée.

Article 2

L'article 1110 du code civil est ainsi modifié :

1° Au premier alinéa, les mots : « librement négociées » sont remplacés par le mot : « négociables » ;

2° Après le mot : « celui », la fin du second alinéa est ainsi rédigée : « qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties. »

Article 3

Le second alinéa de l'article 1112 du code civil est ainsi modifié :

1° Après le mot : « compenser », il est inséré le mot : « ni » ;

2° Sont ajoutés les mots : « , ni la perte de chance d'obtenir ces avantages ».

Article 4

Le second alinéa de l'article 1117 du code civil est complété par les mots : « , ou de décès de son destinataire ».

Article 5

Le paragraphe 2 de la sous-section 1 de la section 2 du chapitre II du sous-titre I^{er} du titre III du livre III du code civil est ainsi modifié :

1° L'article 1137 est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation. » ;

2° A l'article 1143, après le mot : « cocontractant », sont insérés les mots : « à son égard ».

Article 6

La sous-section 2 de la section 2 du chapitre II du sous-titre I^{er} du titre III du livre III du code civil est ainsi modifiée :

1° Au second alinéa de l'article 1145, les mots : « aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires, dans le respect des » sont remplacés par les mots : « par les » ;

2° Au début du premier alinéa de l'article 1161, les mots : « Un représentant ne peut agir pour le compte des deux parties au contrat » sont remplacés par les mots : « En matière de représentation des personnes physiques, un représentant ne peut agir pour le compte de plusieurs parties au contrat en opposition d'intérêts ».

Article 7

La sous-section 3 de la section 2 du chapitre II du sous-titre I^{er} du titre III du livre III du code civil est ainsi modifiée :

1° L'article 1165 est ainsi modifié :

a) La seconde phrase est supprimée ;

b) Il est ajouté un alinéa ainsi rédigé :

« En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et, le cas échéant, la résolution du contrat. » ;

2° Au premier alinéa de l'article 1171, après le mot : « clause », sont insérés les mots : « non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, ».

Article 8

Le paragraphe 3 de la section 4 du chapitre I^{er} du titre I^{er} du livre II du code monétaire et financier est complété par un article L. 211-40-1 ainsi rédigé :

« *Art. L. 211-40-1.* – L'article 1195 du code civil n'est pas applicable aux obligations qui résultent d'opérations sur les titres et les contrats financiers mentionnés aux I à III de l'article L. 211-1 du présent code. »

Article 9

A la seconde phrase du premier alinéa de l'article 1216-3 du code civil, après le mot : « par », sont insérés les mots : « le cédant ou par ».

Article 10

La section 5 du chapitre IV du sous-titre I^{er} du titre III du livre III du code civil est ainsi modifiée :

1° Au début du quatrième alinéa de l'article 1217, le mot : « solliciter » est remplacé par le mot : « obtenir » ;

2° A l'article 1221, après le mot : « débiteur », sont insérés les mots : « de bonne foi » ;

3° L'article 1223 est ainsi rédigé :

« *Art. 1223.* – En cas d'exécution imparfaite de la prestation, le créancier peut, après mise en demeure et s'il n'a pas encore payé tout ou partie de la prestation, notifier dans les meilleurs délais au débiteur sa décision d'en réduire de manière proportionnelle le prix. L'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit.

« Si le créancier a déjà payé, à défaut d'accord entre les parties, il peut demander au juge la réduction de prix. »

Article 11

Le chapitre I^{er} du titre IV du livre III du code civil est ainsi modifié :

1° L'article 1304-4 est complété par les mots : « ou n'a pas défailli » ;

2° L'article 1305-5 est complété par les mots : « , et à ses cautions ».

Article 12

L'article 1327 du code civil est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« La cession doit être constatée par écrit, à peine de nullité. »

Article 13

Le titre IV du livre III du code civil est ainsi modifié :

1° A l'article 1327-1, la première occurrence du mot : « ou » est remplacée par le mot : « et » ;

2° A la seconde phrase du premier alinéa de l'article 1328-1, après le mot : « par », sont insérés les mots : « le débiteur originaire ou par » ;

3° A l'article 1352-4, les deux premières occurrences du mot : « à » sont remplacées par le mot : « par » et le mot : « proportion » est remplacé par le mot : « hauteur ».

Article 14

I. – L'article 1343-3 du code civil est ainsi rédigé :

« *Art. 1343-3.* – Le paiement, en France, d'une obligation de somme d'argent s'effectue en euros.

« Toutefois, le paiement peut avoir lieu en une autre monnaie si l'obligation ainsi libellée procède d'une opération à caractère international ou d'un jugement étranger. Les parties peuvent convenir que le paiement aura lieu en devise s'il intervient entre professionnels, lorsque l'usage d'une monnaie étrangère est communément admis pour l'opération concernée. »

II. – La section 2 du chapitre II du titre I^{er} du livre I^{er} du code monétaire et financier est complétée par un article L. 112-5-1 ainsi rédigé :

« *Art. L. 112-5-1.* – Par dérogation au premier alinéa de l'article 1343-3 du code civil, le paiement peut avoir lieu en une autre monnaie si l'obligation ainsi libellée procède d'un instrument financier à terme ou d'une opération de change au comptant. »

Article 15

L'article 1347-6 du code civil est ainsi rédigé :

« *Art. 1347-6.* – La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal.

« Le codébiteur solidaire peut se prévaloir de la compensation de ce que le créancier doit à l'un de ses coobligés pour faire déduire la part divise de celui-ci du total de la dette. »

Article 16

I. – La présente loi entre en vigueur le 1^{er} octobre 2018.

Les articles 1110, 1117, 1137, 1145, 1161, 1171, 1223, 1327 et 1343-3 du code civil et les articles L. 112-5-1 et L. 211-40-1 du code monétaire et financier, dans leur rédaction résultant de la présente loi, sont applicables aux actes juridiques conclus ou établis à compter de son entrée en vigueur.

Les modifications apportées par la présente loi aux articles 1112, 1143, 1165, 1216-3, 1217, 1221, 1304-4, 1305-5, 1327-1, 1328-1, 1347-6 et 1352-4 du code civil ont un caractère interprétatif.

II. – A. – La présente loi est applicable dans les îles Wallis et Futuna.

B. – Pour l'application de l'article 1343-3 du code civil dans les îles Wallis et Futuna, le mot : « euros » est remplacé par les mots : « francs CFP ».

C. – Le titre VI du livre VII du code monétaire et financier est ainsi modifié :

1° Après la première ligne du tableau du second alinéa du I de l'article L. 761-1, est insérée une ligne ainsi rédigée :

L. 112-5-1	Résultant de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations
------------	---

» ;

2° Après le cinquième alinéa du I de l'article L. 762-1, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

« L'article L. 211-40-1 est applicable dans sa rédaction résultant de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. »

III. – Le deuxième alinéa de l'article 9 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations est complété par les mots : « , y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public ».

Le présent III est applicable à compter du 1^{er} octobre 2016.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 20 avril 2018.

EMMANUEL MACRON

Par le Président de la République :

Le Premier ministre,

EDOUARD PHILIPPE

*La garde des sceaux,
ministre de la justice,*

NICOLE BELLOUBET

*Le ministre de l'économie
et des finances,*

BRUNO LE MAIRE

La ministre des outre-mer,

ANNICK GIRARDIN

(1) *Travaux préparatoires* : loi n° 2018-287.

Sénat :

Projet de loi n° 578 (2016-2017) ;

Rapport de M. François Pillet, au nom de la commission des lois, n° 22 (2017-2018) ;

Texte de la commission n° 23 (2017-2018) ;

Discussion et adoption le 17 octobre 2017 (TA n° 5, 2017-2018).

Assemblée nationale :

Projet de loi, adopté par le Sénat, n° 315 ;

Rapport de M. Sacha Houlié, au nom de la commission des lois, n° 429 ;

Discussion et adoption le 11 décembre 2017 (TA n° 46).

Sénat :

Projet de loi, modifié par l'Assemblée nationale, n° 154 (2017-2018) ;

Rapport de M. François Pillet, au nom de la commission des lois, n° 247 (2017-2018) ;

Texte de la commission n° 248 (2017-2018) ;

Discussion et adoption le 1^{er} février 2018 (TA n° 54, 2017-2018).

Assemblée nationale :

Projet de loi, adopté avec modifications en deuxième lecture par le Sénat, n° 629 ;

Rapport de M. Sacha Houlié, au nom de la commission des lois, n° 639 ;

Discussion et adoption le 15 février 2018 (TA n° 91).

Assemblée nationale :

Rapport de M. Sacha Houlié, au nom de la commission mixte paritaire, n° 766 ;
Discussion et adoption le 22 mars 2018 (TA n° 103).

Sénat :

Projet de loi, modifié en deuxième lecture par l'Assemblée nationale, n° 309 (2017-2018) ;
Rapport de M. François Pillet, au nom de la commission mixte paritaire, n° 352 (2017-2018) ;
Texte de la commission n° 353 (2017-2018) ;
Discussion et adoption le 11 avril 2018 (TA n° 92, 2017-2018).

Table des matières

Remerciements	IX
PRINCIPALES ABREVIATIONS	XI
SOMMAIRE	XIII
INTRODUCTION	1
PARTIE 1 : LES NEGOCIATIONS PRECONTRACTUELLES EN DROIT FRANÇAIS ET ÉGYPTEEN	29
Titre 1 : Vers la codification de la phase de négociations précontractuelles	31
Chapitre 1 : La détermination des négociations précontractuelles	33
Section 1 : Le concept des négociations précontractuelles	33
Sous-section 1 : La notion des négociations précontractuelles.....	34
Sous-section 2 : La différence entre la notion des négociations précontractuelles et la notion des pourparlers.....	37
Section 2 : La conduite des négociations précontractuelles.....	40
Sous-section 1: La délimitation de l'invitation à entrer en négociation et l'offre de contracter.....	41
§1 : La détermination de l'invitation à entrer en négociation et l'offre de contracter	42
A : Identifier l'invitation à entrer en négociation	43
B : Identifier l'offre de contracter.....	44
1 : La définition de l'offre de contracter.....	44
2 : Les caractères essentiels de l'offre de contracter.....	48
a : L'offre adressée à une personne déterminée ou à une personne indéterminée	48
b : Suffisamment précise	49
c : L'offre expresse ou tacite	50
d : L'effet de l'offre	51
§2 : Les critères permettant de différencier l'invitation à entrer en négociation et l'offre de contracter.....	52
A : Le premier critère est lié à l'invitation (l'imprécision de l'invitation)	53
B : Le deuxième critère est lié à l'offre (l'effet de l'offre)	54
Sous-section 2 : La délimitation de l'acceptation de l'invitation à entrer en négociation et l'acceptation de l'offre.....	56
§1 : L'identification de l'acceptation de l'invitation à entrer en négociation et l'acceptation de l'offre.....	56
A: La détermination de l'acceptation de l'invitation à entrer en négociation.....	56
1 : La définition	57
2 : Les caractères essentiels	57
B : La détermination de l'acceptation de contracter.....	58
1 : La définition	58
2 : Les caractères essentiels	60
a : libre	61
b : Pure et simple	61
c : expresse et tacite.....	62
2§ : La différence entre l'acceptation de l'invitation à entrer en négociation et l'acceptation de l'offre.....	63
Chapitre 2 : Les droits et les obligations régulant les négociations précontractuelles	67
Section1 : Les principes et les droits régulant les négociations précontractuelles	68
Sous-section1 : Le principe de la liberté contractuelle.....	68
§1: Le principe dans la doctrine française et égyptienne	69
§2 : Le principe dans le Code civil français et égyptien.....	73
Sous-section 2 : Le principe de la liberté précontractuelle	78

§1 : La liberté d'entrer en négociations précontractuelles.....	79
§2 : Le droit de mener des négociations parallèles	82
Section 2 : Les obligations régulant les négociations précontractuelles.....	85
Sous-section1 : L'obligation précontractuelle de bonne foi.....	86
§1 : L'obligation contractuelle de bonne foi.....	86
§2 : La reconnaissance de l'obligation précontractuelle de bonne foi.....	88
Sous-section 2 : L'obligation précontractuelle d'information.....	95
§1: Le chemin vers une codification de l'obligation précontractuelle d'information	95
A : L'évaluation de la position doctrinale et jurisprudentielle concernant l'obligation précontractuelle d'information	96
B : L'évolution législative concernant l'obligation précontractuelle d'information	99
§2 : La détermination de l'obligation précontractuelle d'information	103
A : La la définition de l'obligation précontractuelle d'information.....	104
B: Les dispositions de l'obligation précontractuelle d'information	106
Titre 2 : La responsabilité précontractuelle à la suite de la rupture des négociations précontractuelles	111
Chapitre 1 : La controverse quant à la nature de la responsabilité précontractuelle.....	117
Section 1 : Les théories de la qualification de la responsabilité précontractuelle.....	118
Sous-section 1: La tentative d'une qualification contractuelle	118
§1 : La théorie contractuelle afin de qualifier la responsabilité précontractuelle	119
A : La vision de Jhering fondée sur l'existence d'une convention tacite	120
B : Les propositions fondées sur l'existence d'un pacte de garantie	123
§2 : Les échos de la théorie contractuelle en droit français et égyptien.....	124
A : Les échos de la théorie contractuelle en droit français.....	124
B : Les échos de la théorie contractuelle en droit égyptien	127
Sous-section 2 : La tentative d'une qualification délictuelle et les autres tendances pour qualifier la responsabilité précontractuelle	131
§1 : La théorie délictuelle pour qualifier la responsabilité précontractuelle	132
A : La position doctrinale française et égyptienne	132
B : La position jurisprudentielle française et égyptienne	135
§2 : Les autres tendances pour qualifier la responsabilité précontractuelle.....	138
A : La théorie mixte pour qualifier la responsabilité précontractuelle.....	138
B : La tendance choisie sur la nature de la responsabilité précontractuelle	140
Section 2 : La discussion doctrinale et jurisprudentielle sur le fondement juridique de la responsabilité précontractuelle	143
Sous-section 1 : La confiance légitime précontractuelle comme un fondement de la responsabilité précontractuelle.....	143
§1: L'évolution de la confiance légitime précontractuelle	144
§2 : L'estoppel comme essence de la confiance légitime précontractuelle.....	147
Sous-section 2 : L'abus de droit et la bonne foi comme des fondements de la responsabilité précontractuelle.....	150
§1 : L'abus de droit comme un fondement de la responsabilité précontractuelle	151
§2: La bonne foi précontractuelle comme un fondement de la responsabilité précontractuelle	156
Chapitre 2 : Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité précontractuelle.....	165
Section1 : La faute précontractuelle comme première condition et le moteur principal de la responsabilité précontractuelle.....	166
Sous-section 1: L'identification de la faute précontractuelle	167
§1 : La notion de faute précontractuelle	167
A : La définition générale de la faute délictuelle	167
B : La définition de la faute précontractuelle	171
§2 : La naissance de la faute précontractuelle	174
A : La faute précontractuelle avant l'offre de contracter	174
B : La faute précontractuelle après l'offre de contracter	175
Sous-section 2: Les critères de qualification de la faute précontractuelle.....	178
§1 : Les critères relatifs aux négociations précontractuelles.....	178

A : La rupture abusive des négociations précontractuelles.....	179
B : L'avancement des négociations précontractuelles	182
§2 : Les critères relatifs aux négociateurs	185
A : Absence de motifs légitimes	185
B : Absence de la bonne foi précontractuelle	188
Section 2 : Les autres conditions de mise en œuvre de la responsabilité précontractuelle	191
Sous-section 1: Le préjudice précontractuel	192
§1 : La détermination du préjudice précontractuel	192
A : La notion de préjudice précontractuel	193
B : Les caractères du préjudice précontractuel indemnisable	194
1 : Le caractère certain du préjudice précontractuel	195
2 : Le caractère direct du préjudice précontractuel.....	196
3 : Le caractère personnel du préjudice précontractuel	197
§2 : Étendue du préjudice précontractuel réparable	199
A : La perte subie.....	200
1 : La détermination de la perte subie	200
2 : L'évolution de la position doctrinale et jurisprudentielle au sujet de la perte subie ...	202
B : Le gain manqué (le problème de la perte d'une chance)	204
1 : Les partisans de l'indemnisation de la perte d'une chance	205
2 : Vers l'abandon doctrinal et judiciaire de l'indemnisation de la perte d'une chance ...	207
Sous-section 2: Le lien de causalité précontractuel.....	212
§1 : La détermination du lien de causalité précontractuel	212
A : Identification du lien de causalité en général	213
B : Identification du lien de causalité précontractuel.....	214
§2 : Les caractères du lien de causalité précontractuel	216
A : Le caractère direct du lien de causalité précontractuel	216
B : Le caractère certain du lien de causalité précontractuel.....	218
Conclusion partie 1.....	223

PARTIE 2 : LES CONTRATS PRÉPARATOIRES : EN DROIT FRANÇAIS ET ÉGYPTIEN .225

Titre 1 : L'identification du contrat préparatoire 227

Chapitre 1 : La détermination de la notion de contrats préparatoires..... 229

Section 1 : La notion de contrats préparatoires 230

Sous-section 1 : Les tentatives et les critères pour définir les contrat préparatoires 230

§1 : Les tentatives doctrinele et jurisprudentielle afin de définir les contrats préparatoires..... 231

A : Les tentatives de la doctrine pour définir les contrats préparatoires 231

1 : Le courant de la pensée classique 232

2 : Le courant de la pensée moderne..... 233

B : La compréhension judiciaire de la notion de contrats préparatoires 235

§2: Les critères temporels délimitant la notion du contrat préparatoire..... 238

A : Le point de départ du contrat préparatoire..... 238

B : La fin du contrat préparatoire..... 240

1 : La fin du contrat préparatoire par conclusion du contrat définitif..... 241

2 : La fin par rupture du contrat préparatoire 241

3 : La fin par arrivée du terme..... 242

Sous-section 2 : La proximité du contrat préparatoire avec d'autres techniques contractuelles .. 243

§1: La confusion possible entre les contrat préparatoires et les notions voisines similaires 243

A : Les contrats préparatoires et les contrats préliminaires..... 244

B : Les contrat préparatoires et l'avant-contrat 246

C : Les contrats préparatoires et la lettre d'intention précontractuelle..... 251

§2 : La confusion possible entre le contrat préparatoire et le contrat définitif..... 257

Section 2 : La qualification appropriée du contrat préparatoire 260

Sous-section 1 : Le contrat préparatoire est-il un contrat partiel ou un contrat conditionnel ? 262

§1 : Le contrat préparatoire est-il un contrat partiel ? 263

§2 : Le contrat préparatoire est-il un contrat conditionnel ? 266

Sous-section 2 : La qualification retenue 270

Chapitre 2 : La formation du contrat préparatoire 275

Section 1 : Les conditions de fond du contrat préparatoire	276
Sous-section 1: Le consentement et la capacité comme conditions subjectives pour valider le contrat préparatoire	277
§1 : Le consentement	277
§2 : La capacité	280
Sous-section 2 : Le contenu comme une condition objective de validation du contrat préparatoire	284
§1 : Le contenu du contrat en général.....	285
A: Un contenu certain.....	286
B : Un contenu licite	288
§2 : Le contenu du contrat préparatoire	292
A : La nature du contenu du contrat préparatoire	292
B : Les caractères du contenu du contrat préparatoire.....	294
1 : Le contenu certain du contrat préparatoire	294
2 : Le contenu licite du contrat préparatoire.....	296
Section 2 : Les conditions de forme du contrat préparatoire	297
Sous-section 1 : Le principe du consensualisme	298
Sous-section 2 : Les exceptions au principe du consensualisme	300
Titre 2 : L'analyse des principaux types des contrats préparatoires.....	307
Chapitre 1 : Le pacte de préférence	309
Section1 : Conception du pacte de préférence	310
Sous-section 1 : L'évolution de la définition du pacte de préférence	310
§1 : La définition du pacte de préférence en droit français (avant la réforme) et en droit égyptien	310
§2 : La définition du pacte après la réforme.....	313
Sous-section 2 : L'originalité du pacte de préférence	315
§1 : La nature du pacte de préférence.....	315
A : L'évolution de la nature du pacte de préférence	316
B : Les caractéristiques du pacte de préférence	318
§2 : La confusion entre le pacte de préférence et d'autres notions juridiques similaires	321
A : La différence entre le pacte de préférence et le droit de préemption	321
B : La différence entre le pacte de préférence et la promesse unilatérale de vente.....	323
Section 2 : Le régime du pacte de préférence.....	329
Sous-section 1 : La formation du pacte de préférence	330
§1 : Les conditions de validité du pacte de préférence	330
A : Les conditions de droit commun	331
1 : Le consentement	331
2 : La capacité.....	334
3 : Le contenu licite et certain	336
B : Les conditions spécifiques	338
1 : Le prix	338
2 : La durée.....	340
§2 : Les effets du pacte de préférence	344
A : Le pacte de préférence avant le fait générateur de la préférence.....	344
1 : Les obligations du promettant	344
2 : Les obligations du bénéficiaire	347
B : Le pacte de préférence après le fait générateur de la préférence	347
1 : Le fait générateur de la préférence	348
2 : La mise en œuvre du droit de préférence	349
Sous-section 2 : Les sanctions de la violation du pacte de préférence	352
§1 : L'allocation de dommages-intérêts au créancier de préférence.....	353
§2 : La nullité et la substitution du bénéficiaire à l'acquéreur	355
Chapitre 2 : Les promesses de contrat.....	365
Section 1 : La conception des promesses de contrat.....	367
Sous-section 1 : La définition des promesses de contrat	367
§1 : La définition de la promesse unilatérale de contrat	368
§2 : La définition de la promesse synallagmatique de contrat.....	374

Sous-section 2 : La nature juridique des promesses de contrat	376
§1 : La nature juridique de la promesse unilatérale de contrat	376
§2 : La nature juridique de la promesse synallagmatique de contrat	379
Section 2 : Le régime juridique des promesses de contrat	385
Sous-section 1 : Les conditions de validité des promesses de contrat	386
§1 : Les conditions de fond des promesses de contrat	386
§2: Les conditions de forme des promesses des contrat	393
A : Les conditions de forme de la promesse unilatérale de contrat.....	393
B : Les conditions de forme de la promesse synallagmatique de contrat.....	397
Sous-section 2 : L'exécution des promesses de contrat	399
§1 : Les effets de la promesse unilatérale de contrat.....	399
A : Les effets de la promesse unilatérale de contrat avant la levée de l'option	399
B : Les effets de la promesse unilatérale de contrat après la levée de l'option	405
§2 : Les effets de la promesse synallagmatique de contrat	409
A : Les effets de la promesse synallagmatique de vente entre ses parties	409
B : Les effets de la promesse synallagmatique de vente à l'égard des tiers	412
Conclusion partie 2.....	415
Conclusion générale.....	417
Bibliographie.....	421
Index thématique.....	451
Annexes	453
Annexe 1 :Tableau comparatif des articles français et égyptiens	453
Annexe 2	469
Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations	469
Annexe 3	499
Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations	499
Annexe 4.....	535
Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.....	535
Table des matières.....	541